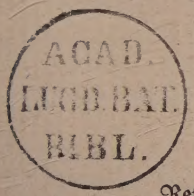
Der Wiederkauf
im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig



eingereicht von

Karl Albrecht
Referendar in Frauenstein im Erzgebirge.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1910.

Den Eltern
zur silbernen Hochzeit.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Geschichtliche Einleitung.

§ 1. Dogmatisches 1
§ 2. Wirtschaftliches 3

Erster Hauptteil.

Wiederkauf und Wiederkaufsrecht.

§ 3. Vorbemerkung 6

1. Der Wiederkauf.

§ 4. a) Rechtliche Natur 6
§ 5. b) Gegenstand und Form des Wiederkaufs. Wiederkaufspreis 8

2. Das Wiederkaufsrecht.

§ 6. Vorbemerkung 11
§ 7. Wesen des Wiederkaufsrechts 11
§ 8. Inhalt und zeitliche Grenzen des Wiederkaufsrechts 13
§ 9. Gründe für den Untergang des Wiederkaufsrechts 16
§ 10. Wiederverkaufsrecht und Kaufsrecht 17

Anhang: Mehrheit von Berechtigten und Verpflichteten.

§ 11. Vorbemerkung 18
§ 12. a) Mehrere Berechtigte 18
§ 13. b) Mehrere Verpflichtete 23

Zweiter Hauptteil.

Rechte, Pflichten und Verpflichtungen der Parteien aus dem Wiederkauf.

§ 14. Vorbemerkung 26

A. Pflichten des Wiederkaufsverpflichteten vor Ausübung des Wiederkaufsrechts.

I. Bei festem Wiederkaufspreis.

§ 15. 26
§ 16. 28

II. Bei Vereinbarung des Schätzungswertes.

§ 17. 30
§ 18. 32

Seite

B. Rechte und Verpflichtungen der Parteien nach Ausübung des Wiederkaufsrechts.

I. Verpflichtungen des Wiederverkäufers.

1. Bei festem Wiederkaufspreis.

§ 19. Begriff und Gegenstand der Herausgabeverpflichtung 33
§ 20. 35

2. Bei vereinbartem Schätzungswert.

§ 21. 40

II. Verpflichtungen des Wiederkäufers.

1. Bei festem Wiederkaufspreis.

§ 22. 41
§ 23. Ersatz von Verwendungen 43
§ 24. Umfang der Ersatzverpflichtung 45
§ 25. Die Wegnahme einer Einrichtung 47

2. Bei vereinbartem Schätzungswert.

§ 26. 48
§ 27. Landesrecht 48

Anhang.

I. Wiederkauf und Vormerkung.

§ 28. 49
§ 29. Der Ulmer Wiederkauf 55

II. Wiederkauf und Konkurs.

§ 30. Vorbemerkung 59
§ 31. Konkurs des Berechtigten 59
§ 32. Konkurs des Verpflichteten 62

Literaturverzeichnis.

Annalen des Kgl. Sächs. Oberlandesgerichts (Sächs. OLG.).

Baring, Aufwendungen, Verwendungen, Einrichtungen und ihr Ersatz. Im Sächs. Arch. f. bürgerl. R. Bd. 14 u. 15.

Bendix, Vorkauf und Wiederkauf als Gegenstand der Vormerkung. In der Juristischen Wochenschrift 1904 S. 601 ff.

Cretzschmar, Das rheinische Zivilrecht in seiner heutigen Geltung. 2. Aufl. 1888.

Dernburg, Pandekten. 7. Aufl.

Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens. Abt. 2. 3. Aufl.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 1. 2. Aufl.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG.).

Ermann, Hypothek und Auflassungsvormerkung bei Wiederkauf und Erbbaurecht. In der Deutschen Juristenzeitung (DJZ.) 1910 S. 562 ff.

Fantini, Das Wiederkaufsrecht an Grundstücken und seine Sicherung durch Eintragung einer Vormerkung. Diss. Breslau 1904.

Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 8. u. 9. Aufl.

Güthe, Grundbuchordnung. Bd. 1 u. 2. Berlin 1905.

Hahn, Der Wiederkauf, eine zivilistische Studie. Berlin 1902.

Jaeger, Die Konkursordnung. Berlin 1902.

Käßbohrer, Die Vormerkung im Grundbuch bei Wiederkaufsrechten. In der Württembergischen Zeitschrift (Württemb. Z.) 1907 S. 168 ff.

Kloß, Sächsisches Landesprivatrecht. 2. Aufl. 1908.

Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1906.

Kretzschmar, Grundbuchrecht. Bd. 2. 1903.

Kretzschmar im Sächsischen Archiv für Rechtspflege Bd. 11.

Kuhlenbeck in der Juristischen Wochenschrift 1901 S. 388 ff.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch: Schuldverhältnisse. 1906.

Reichel, Die Vormerkung im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik 1903 S. 59 ff.

Sächsisches Archiv für Rechtspflege (Sächs. Arch.), herausgegeben von Dr. Georg Lessing.

Schütze, Bedeutung, Wirksamkeit und das gegenseitige Verhältnis des pactum de retrovendendo, retroemendo und displicentiae beim Kauf. Diss. Rostock 1899.

Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

v. Seuffert, Wiederkaufs- und Wiederverkaufsrecht im Konkurs. In der Leipziger Zeitung (L. Z.) Bd. 1 S. 20 ff.

Siméon, Preußisches Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Sohm, Der Gegenstand; ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1905.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Schuldverhältnisse. Bd. 2. Abt. 1. München 1908.

v. Wangenheim, Das Wiederkaufsrecht. Diss. Göttingen 1899.
Willenbücher, Liegenschaftsrecht und Grundbuchordnung, Ausgabe für das Reich. 1902.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 2: Obligationenrecht. 1906.
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit (ZblFG.).

Ferner wurden benutzt die Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch in der amtlichen (Motive) und der im Auftrage des Reichsjustizamts bearbeiteten (Protokolle) Auflage.

Anmerkung: Die Zitate sämtlicher Werke erfolgen nur aus den angegebenen Auflagen nach Autor, Band und Seitenzahl. An Stelle der beiden letzteren treten bei den Kommentaren der besseren Auffindbarkeit halber die Angaben des betreffenden Paragraphen und der Anmerkung dazu.

Die Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuchs werden ohne Bezeichnung des Gesetzes, lediglich der Zahl nach, zitiert.

Geschichtliche Einleitung.

§ 1.

Dogmatisches.

I. Die Entwicklung des Wiederkaufs im Rechtsleben der Jahrhunderte läßt sich durch eine Kurve versinnbildlichen, die in plötzlichem Anstieg eine ansehnliche Höhe erreicht, auf dieser eine Zeitlang verweilt und dann rasch um ein Beträchtliches zurücksinkt.

Ausgehend von geringen Ansätzen im römischen Recht wächst sich das Institut im Mittelalter zu einem der häufigst angewendeten Rechtsgebilde aus und tritt alsdann endgültig in die bescheidene Rolle ein, die es unter der Herrschaft der neueren Gesetzgebung spielt.

Entsprechend dem Boden, auf dem der Wiederkauf im Laufe dieser seiner Entwicklung jeweilig gewachsen ist, verknüpft sich mit seinem Begriff ein verschiedener Inhalt. Darauf ist jetzt kurz einzugehen.

II. a) Ob dem römischen Recht ein Institut nach Art des Wiederkaufs überhaupt bekannt gewesen ist, hat nicht immer zweifellos festgestanden. Schütze[1]) führt eine Reihe gemeinrechtlicher Schriftsteller an, die das Vorkommen des Wiederkaufs in den Quellen leugnen; manche folgern daraus, daß er somit auch dem römischen Rechtsleben fremd geblieben ist.[2]) Die letztere Ansicht muß zweifellos als durch die herrschende Meinung überwunden gelten; diese zieht für sich vor allem zwei Quellenstellen an, nämlich D. 19 V, 12 und C. 4, 54 l. 2, und deutet sie zwanglos als Wiederkaufsverabredungen.[3])

Jedenfalls aber verrät die Dürftigkeit der Quellen, daß die Römer ihren Wiederkauf nur kümmerlich ausgebildet haben.

---

[1]) S. 13 Anm. 1.

[2]) So Lesser bei Schütze a. a. O.: pactum de retrovendendo stricte sic dictum in iure Romano non est fundatum.

[3]) Schütze S. 12 Anm. 1, der als Vertreter der herrschenden Meinung u. a. Dernburg, Arndts, Bechmann, Windscheid, Sintenis aufzählt.

b) Die gemeinrechtliche Doktrin konstruierte den Wiederkauf unter Anlehnung an die zitierten Quellenbelege als einen Vorvertrag und nannte diesen pactum de retrovendendo.[4]) Betreffs der eingehenden Erörterungen der in ihm wurzelnden Rechtsverhältnisse sei auf die ausführliche Dissertation von Schütze verwiesen.

c) Unsere Kenntnis des deutschmittelalterlichen Wiederkaufs stützt sich vor allem auf eine große Zahl von Urkunden. Aus ihnen erhellt, wie die Untersuchungen Mittermaiers[5]) und Platners[6]) ergeben haben, daß die hauptsächliche gewohnheitsrechtliche Entwicklung des Instituts sich im 14. u. 15. Jahrhundert vollzogen hat.

Trotz der zahlreichen urkundlichen Belege ist es jedoch nicht geglückt, ein klares Bild von dem Wesen desselben herauszuarbeiten.[7]) Besonders häufig ist es mit den Verpfändungsgeschäften zusammengebracht worden; vereinzelt hat man es sogar selbst nur als eine Verpfändungsweise hingestellt;[8]) dies findet eine Erklärung unschwer in den Zwecken, denen der mittelalterliche Wiederkauf vornehmlich diente (vgl. darüber unten § 2).

d) Unter den neueren Gesetzgebungen behandelt den Wiederkauf:

1. der code civil in art. 1659—1673,
2. das allgem. Landrecht in Teil I Titel 11 §§ 296—311,
3. das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch in §§ 1131, 1134.

e) Im Bürgerlichen Gesetzbuch findet sich die einschlagende Materie in den §§ 497—503.

Zunächst, wenn man an die Behandlung eines einzelnen Instituts herantritt, taucht die Frage nach der juristischen Natur desselben auf.

Da ergibt sich denn beim Durchlesen der in Betracht kommenden Paragraphen, daß das Gesetz eine direkte Auskunft über die Frage nicht erteilt. Auch die Entstehungsgeschichte der einzelnen Vorschriften bietet in diesem Punkte keinen Anhalt. Wohl finden sich in den Motiven[9]) zahlreiche Hinweise auf gleich- oder ähnlichlautende Paragraphen verschiedener Gesetzeswerke, deren Grundauffassung bekannt ist und demnach einen Schluß auf die des

---

[4]) vgl. Reinmanns Schrift: pactum de retrovendendo; Packbusch: de retrovenditionis pacto; Schilter: de iure retrovenditionis u. a. bei Schütze S. 8.

[5]) Grundsätze des deutschen PrivR. Bd. 1 S. 582 ff., zit. bei Hahn.

[6]) Zeitschr. für Rechtsgeschichte Bd. 4 S. 123 ff., zit. bei Hahn.

[7]) Hahn S. 19.

[8]) So Warnkönig, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 24 S. 377; Eichhorn, Einleitung ins deutsche PrivR. S. 299, bei Hahn angeführt.

[9]) Bd. 2 S. 339 ff.

Bürgerlichen Gesetzbuchs zuließe; aber die angezogenen Gesetze harmonieren hinsichtlich des Prinzips durchaus nicht miteinander, so daß man schließlich auf den durch die Motive[10]) selbst vorgezeichneten Weg gelangen muß, die juristische Natur des Wiederkaufs zwischen den Zeilen der Paragraphen herauszulesen.

Die Wissenschaft ist der Aufgabe, die ihr damit vom Gesetzgeber gestellt wurde, auf das eifrigste nachgekommen und hat die verschiedensten Ansichten aufgestellt und verfochten.[11])

Als herrschende[12]) und dem Gesetz entsprechendste Konstruktion ist gegenwärtig die anerkannt, die in dem Wiederkauf ein Kaufgeschäft erblickt, das unter der potestativen Suspensivbedingung „si placuerit" abgeschlossen wird. Ihr schließt sich auch diese Arbeit an, weil das positive Recht sie fordert, will man ihm nicht Gewalt antun. Die wichtigsten der abweichenden Konstruktionen werden samt den Gründen, die hauptsächlich gegen sie sprechen, am geeigneten Orte Erwähnung finden.

Im übrigen soll jedoch weniger eine Führung des Beweises als seine Ergänzung sowie die Ausfüllung mancher noch bestehenden Lücke der Wiederkaufslehre versucht werden.

Vorerst mag aber im folgenden Paragraphen noch ein kurzes Wort über die Verwendbarkeit des Wiederkaufs zu bestimmten wirtschaftlichen Erfolgen seine Stelle finden.

§ 2.

Wirtschaftliches.

Aus den römischen Quellen ist bei der Spärlichkeit, in der sie fließen, nichts zu entnehmen, was auf die überwiegende Verwendung des Instituts in einem besonderen Sinne schließen ließe.

Dagegen zeigt die Ausbildung des Wiederkaufs im Mittelalter, daß er sich vorzüglich zur Einkleidung von Kreditgeschäften eignet. Hat er doch lange Jahre hindurch über den Mangel an barem Geld, das Fehlen eines neuzeitlichen Personalkredits, die Schwierigkeiten, die das kanonische Zinsverbot dem Geldverkehr bereitete, hinweggeholfen, indem er es ermöglichte, bei der Fest-

---

[10]) Bd. 2 S. 340.

[11]) vgl. darüber ausführlich Hahn S. 24 ff.; Enneccerus-Lehmann S. 618.

[12]) Hahn, Enneccerus-Lehmann, Stammler, Fischer-Henle, Oertmann, Matthiaß u. a.; vgl. bei Staudinger Vorbem. zu § 497 Anm. I, 3; and. M. vor allem Planck Vorbem. zu § 497 und die dort Genannten sowie neuerdings ohne Angabe von Gründen das KG. in ZblFG. Bd. 9 S. 570.

setzung des Wiederkaufspreises das Interesse des Geldgebers an einer nutzbringenden Anlegung seines Kapitals zu berücksichtigen.

Aber auch jetzt, wo alle die verkehrserschwerenden Faktoren in der Hauptsache gefallen sind, bewährt der Wiederkauf den alten Charakter noch, wenn auch in geringerem Umfange, in der Verwendung als fiduziarisches Pfandgeschäft. Mit Recht ist daher in § 34 Abs. 2 GewO. (mit Art. 3 Abs. 3 der Novelle v. 30. 6. 1900) der gewerbliche Rückkaufshändler dem Pfandleiher gleichgestellt und gleich ihm verpflichtet, um die Konzession zur Ausübung seines Gewerbes nachzusuchen.

Was aber die praktische Wertung solcher fiduziarischer Geschäfte anlangt, so hat das Reichsgericht [1]) einmal mit allem Nachdruck betont, daß sie wegen der Möglichkeit des beim Faustpfand ausgeschlossenen constitutum possessorium auch unbemittelten Kreisen, denen der Besitz der zu verpfändenden Gegenstände unentbehrlich sei, eine Handhabe böten, Kredit zu bekommen, ihre rechtliche Zulässigkeit mithin einem dringenden Bedürfnis entspräche. Dem muß um so mehr beigepflichtet werden, als die Möglichkeit mehrfacher unsichtbarer Verpfändung infolge der Übertragung des vollen Eigentums an den ersten Gläubiger ausgeschlossen ist.

Allein nicht nur privaten Zwecken hat der Wiederkauf in alter und neuer Zeit dienen müssen. Auch als Mittel zur Verfolgung gemeinnütziger Ziele ist er verwendet worden.

Dies trifft in großem Stile zu für die preußische Rentengutsgesetzgebung, die in den Gesetzen v. 27. 6. 1890 und v. 7. 7. 1891 ihren Ausdruck gefunden hat.

Das Streben dieser Gesetzgebung geht dahin, einen seßhaften kleinen Bauernstand zu schaffen, der zugleich ein Gegengewicht gegen die schädlichen Wirkungen des Großgrundbesitzes und einen Damm gegen sozialistische Bestrebungen bilden soll.[2])

Das Eigentum an dem Rentengute wird durch Übernahme einer nicht zu hohen Rente erworben. Dadurch wird einerseits dem Mangel an eigenem Vermögen abgeholfen, andererseits der erdrückenden Inanspruchnahme fremden Kapitals und der daraus resultierenden Überlastung des Gutes mit Hypotheken vorgebeugt.

Indem nun die Ansiedelungskommission in Preußen die Übung ausgebildet hat, polnische Grundstücke, die sie erwirbt, als Rentengüter an deutsche Bauern abzugeben, erreicht sie dadurch zunächst den soeben angedeuteten Zweck und setzt sich ferner durch

---

[1]) vgl. die in den Prot. Bd. 3 S. 201 zit. Entscheidungen, ferner RG. Bd. 49 S. 148 und Urteil v. 17. 6. 1902 in DJZ. 1902 Nr. 20.

[2]) vgl. Fantini S. 15 f.

den Vorbehalt des Wiederkaufs in den Stand, die Güter in deutschem Besitz zu erhalten; denn so oft eine Rückveräußerung in nichtdeutsche Hände droht, vermag sie durch Ausübung des Wiederkaufsrechtes das Eigentum an den gefährdeten Grundstücken wieder an sich zu ziehen.[3])

Dabei kommt ihr besonders die Ausbildung eines dinglichen Wiederkaufsrechtes durch die Landesgesetzgebung zustatten (vgl. darüber unten §§ 7 II, 27).

Eine ähnliche Tendenz wie dem preußischen landesrechtlichen Wiederkauf, nämlich Sicherung von Eigentum zu gemeinnützigen Zwecken, liegt der Ausgestaltung des sogen. Ulmer Wiederkaufs zugrunde. Mit diesem beschäftigt sich der § 29 unten.

---

[3]) Derselbe S. 16.

Erster Hauptteil.

Wiederkauf und Wiederkaufsrecht.

§ 3.

Vorbemerkung.

In § 497, dem ersten Paragraph im Bürgerlichen Gesetzbuch, der vom Wiederkauf handelt, erregen zwei Ausdrücke unsre Aufmerksamkeit, die Worte „Wiederkauf" und „Recht des Wiederkaufs", „Wiederkaufsrecht".

Es wird gesagt, der Wiederkauf komme durch die Erklärung, daß das Wiederkaufsrecht ausgeübt werde, zustande.

Damit wird außer Zweifel gestellt, daß beide Ausdrücke sehr verschiedene Dinge bezeichnen, die streng auseinanderzuhalten sind.

Das Wiederkaufsrecht muß dem Wiederkauf vorangehen, ganz ebenso wie der Kaufvertrag, an den sich das Wiederkaufsgeschäft entsprechend seinem Namen notwendig anschließt.[1])

Trotzdem wird aus praktischen Gründen im folgenden zunächst vom Wiederkauf und dann vom Wiederkaufsrecht die Rede sein.

1. Der Wiederkauf.

§ 4.

a) Rechtliche Natur.

I. Das Gesetz erblickt im Wiederkauf einen Kauf. Das läßt seine gesamte Terminologie erkennen, die sich aufs engste an die der §§ 433 ff. anschließt. Vgl. dazu außer dem Worte Wiederkauf selbst in §§ 497 Abs. 2, 501: Preis, Wiederkaufspreis; in § 498: Minderung des Wiederkaufspreises, Wiederkäufer und -verkäufer.

II. Zur rechtsgeschäftlichen Begründung von Schuldverhältnissen ist nach der Grundregel des § 305 ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich; die Regel greift nur dann nicht Platz, wenn das Gesetz ein andres vorschreibt.

---

[1]) Er wird im übrigen durch dasselbe nicht berührt.

Es entsteht die Frage, ob eine solche abweichende gesetzliche Vorschrift in dem Satz 1 des § 497 Abs. 1 enthalten ist. Die Antwort lautet: nein. Denn zum Zustandekommen des Wiederkaufs bedarf es nach demselben Satz 1 außer der Erklärung, daß das Wiederkaufsrecht ausgeübt werde, noch eines Vorbehaltes. Ein Vorbehalt läßt sich rechtswirksam aber nur mit dem Einverständnis des Gegners machen; vgl. auch § 503: Vereinbarung des Vorbehalts.

Damit fällt jede Theorie, die in dem Wiederkauf eine einseitige Rechtshandlung des Wiederkäufers erblickt.[1])

Ein gesetzliches Wiederkaufsgeschäft, entsprechend dem erbrechtlichen Vorkauf (§§ 2034 ff.), ist dem Bürgerlichen Gesetzbuch unbekannt.

Aus alledem folgt: Zur Begründung eines Wiederkaufsverhältnisses eignet sich allein die einem Kaufvertrag angefügte Vereinbarung eines entsprechenden Vorbehalts.[2])

Auf den abgeschlossenen Wiederkauf finden gemäß seiner Vertragsnatur die allgemeinen Vorschriften der §§ 145 ff., die besondern Normen für gegenseitige Verträge (§§ 320 ff.) sowie die Kaufsparagraphen Anwendung, die letzteren allerdings nur insoweit, als die §§ 497 ff. ihnen Raum lassen. Darauf ist des näheren im zweiten Hauptteil zurückzukommen.

III. Die eigenartige Rechtslage beim Wiederkauf hat zu der Annahme geführt, im Vorbehalt des § 497 liege der Vertragsantrag und in der Ausübungserklärung die Annahme. Planck ist es, der diese Konstruktion zuerst aufgestellt hat und dessen Kommentar sie auch jetzt noch vertritt. Die Planckschе Auffassung stützt sich auf den Ausdruck „zustande kommen" in § 497 Abs. 1 Satz 1. Man liest in Note 3 der Vorbemerkung zu § 497 folgendes:

> „. . . Das Bürgerliche Gesetzbuch (spricht) von dem Zustandekommen eines Vertrags immer nur im Sinne der Vollendung des Vertragsschlusses (vgl. insbesondere §§ 151 bis 153, 156, 879 Abs. 2), dagegen niemals bei dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung eines geschlossenen Vertrags".

Dem widerspricht jedoch das Gesetz selbst in § 652 Abs. 1 Satz 1 u. 2. Stellte Satz 2 eine Ausnahme vom Grundprinzip des Satz 1 dar, dann könnte er freilich nicht zum Argument gegen die Planckschе Meinung dienen. So aber sagt Planck selbst

---

[1]) So z. B. Cosack in seinem Lehrb. d. deutschen bürgerl. R. 1899 S. 452 f., zit. bei Fantini S. 34; desgl. Windscheid-Kipp S. 645.

[2]) Staudinger Vorbem. IV zu § 497.

in Anm. 3c zu § 652 von ihm, daß er „sich lediglich als eine Folgerung aus dem zugrunde liegenden Prinzip" darstelle; damit räumt er ein, daß für den Fall des § 652 Abs. 1 jedenfalls der Gesetzgeber den aufschiebend bedingten Vertrag erst mit Eintritt der Bedingung als „zustandegekommen" ansieht.

Es verbietet sich hiernach von selbst, aus der Verwendung des Ausdrucks „zustandekommen" in § 497 Abs. 1 Folgerungen der von Planck beliebten Art zu ziehen.

Übrigens wird der Wiederkaufsvorbehalt vereinbart. Ist er nach Planck ein Vertragsantrag, so kann die Vereinbarung nur den Sinn haben, die Anwendbarkeit des § 147 durch Vertrag auszuschließen — eine gekünstelte Konstruktion, die um so bedenklicher erscheint, als die Annahme des Antrags gemäß § 503 über 30 Jahre und durch Parteiverabredung noch länger hinausgeschoben werden könnte, was mit dem Prinzip der sofortigen Annahme einer Offerte (§ 147) schlecht in Einklang zu bringen ist.[3])

IV. Ist der Wiederkauf zustande gekommen, so stehen sich, wie bei jedem Kaufvertrage, Käufer und Verkäufer gegenüber. So oft daher im folgenden die Ausdrücke Wiederkäufer und Wiederverkäufer auftauchen, deuten sie an, daß es sich um Erscheinungen nach Ausübung des Wiederkaufsrechtes handelt.

§ 5.

b) Gegenstand und Form des Wiederkaufs. Wiederkaufspreis.

I. Gegenstand des Wiederkaufs ist alles, was gekauft werden kann. Eine Beschränkung findet unter dem rechtlichen Gesichtspunkte nicht statt.[1]) Auch der Anteil eines Miterben am Nachlasse kann beispielsweise Objekt einer Wiederkaufsverabredung sein[2]) (vgl. die Frage in ZblFG. 1904 S. 102, ob dies angängig sei); über die Form des obligatorischen Vertrags in diesem Falle gibt § 2371, über die des Verfügungsgeschäftes § 2033 Abs. 1 Aufschluß.

---

[3]) Wie hier im Ergebnis Hahn S. 33; Staudinger Vorbem. I, 3 zu § 497.

[1]) Anders z. B. das österreichische Recht, das aus rechtspolizeilichen Gründen (Schutz gegen wucherische Ausbeutung) nur Grundstücke für wiederkaufsfähig erklärt (vgl. Hahn S. 53).

[2]) Über die Konkurrenz der Wiederkaufsvereinbarung mit dem erbrechtlichen Vorkaufsrecht vgl. unten § 20 Abs. 2 unter 2.

Tatsächlich zieht der Zweck des Wiederkaufs, nämlich Sicherung des Rückerwerbs, dem Begriff des Wiederkaufsgegenstandes Schranken. Danach scheidet in der Regel alles aus, was seiner Natur oder der besonderen Absicht des vorgängigen Kaufgeschäftes nach sofort zerstört oder wesentlich umgestaltet wird, wie dies z. B. für Lebensmittel, Feuerungsmaterial u. a. m. gilt. Doch sind immerhin Fälle denkbar, in denen auch solche Dinge einmal Objekt eines Wiederkaufs werden können. Dem steht alsdann rechtlich, wie bereits betont, nichts im Wege.

II. Wie für alle Verträge nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, so gilt auch für den Wiederkauf an sich der Grundsatz der Formlosigkeit. Da aber nach dem Vorstehenden auch Wiederkäufe von Grundstücken möglich sind, so entsteht sofort die Frage, ob derartige Geschäfte dem Formzwang des § 313 bei Vermeidung der Nichtigkeit unterliegen.

Aus dem Wortlaute des § 313 ist dies zu bejahen;[3]) außer Betracht bleibt dabei, ob die Vereinbarung des Wiederkaufs gleich im ursprünglichen Kaufvertrag erfolgt oder, was nach § 503 auch angängig, später; im ersten Fall deckt nur die Beurkundung des Kaufvertrags zugleich den Wiederkaufsvorbehalt, im zweiten Falle macht sich eine gesonderte Beurkundung nötig.

Beide Male wird jedoch die Form entbehrlich, sobald auf Grund des Kaufvertrags die Auflassung und die Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch erfolgt sind; dies ergeben die Worte des § 313 „seinem ganzen Inhalte nach"; denn ein Wiederkaufsvorbehalt hat eben überhaupt nur Sinn in Anlehnung an einen Kauf; er gehört zu seinem besonderen Inhalt daher stets, mag er auch erst nach Abschluß des Kaufs vereinbart worden sein.[4])

III. Was als Wiederkaufspreis anzusehen ist, unterliegt zunächst der Vereinbarung der Parteien.

a) Diese können auf einen ganz bestimmten Betrag zukommen. Das Geschäft bekommt dann leicht einen spekulativen Anstrich, besonders wenn der Wert des Gegenstandes bedeutenden Schwankungen unterliegt und für die Ausübung des Wiederkaufs ein erheblicher Zeitraum vorgesehen ist.

Liegen die besonderen Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 vor (Ausbeutung der Notlage, Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des Vertragsgegners), so kann bei auffälligem Mißverhältnis

---

[3]) So die herrschende Meinung; s. Staudinger § 313 Anm. 2 f und die dort Zitierten.

[4]) Zum gleichen Ergebnis kommt Hahn S. 51 f.; vgl. auch die dort Angeführten. Ähnliche Erwägungen wie im Anschluß an § 313 ergeben sich bei anderen formbedürftigen Käufen, z. B. beim Verkauf eines Anteils am Nachlasse durch den Miterben; vgl. oben unter I.

zwischen Wiederkaufspreis und Wert des Objekts das Geschäft nach § 138 Abs. 1 nichtig sein. Beträgt z. B. der Wiederkaufspreis das Mehrfache von dem, was der Gegenstand jemals wert sein kann, so liegt möglicherweise auf seiten des Verkäufers, der den Wiederkauf durch seine Erklärung jederzeit zustande bringen kann, eine wucherische Ausbeutung vor. Über die andern, weniger praktischen Fälle des unter dem Wiederkaufsvorbehalt verborgenen Wuchers vgl. die eingehenden, aber nicht immer durchsichtigen Ausführungen bei Wangenheim S. 29 ff.

b) An Stelle eines festen Preises kann auch ausgemacht werden, daß ein Dritter den Preis bestimmen soll,[5]) sei es nach billigem Ermessen oder nach freiem Belieben. Dieser Fall kommt dem unter c zu erwähnenden nahe, steht ihm jedoch nicht gleich. Er beurteilt sich nach den §§ 317 ff.

c) Ist als Wiederkaufspreis der Schätzungswert des gekauften Gegenstands zur Zeit des Wiederkaufs vereinbart, so greift die besondere Vorschrift des § 501 ein.[6]) Die Folgen dieser Vereinbarung, die die Rechte und Pflichten der Parteien sowie die Haftung des Wiederverkäufers für den Zustand des Kaufgegenstands bei der Herausgabe wesentlich beeinflußt, sind im zweiten Hauptteil darzustellen.

Daß der objektive Wert bei der Schätzung zu ermitteln ist, und nicht der Wert, den der Kaufsgegenstand gerade für einen der Beteiligten hat, wird allgemein zugegeben.[7])

d) Haben die Parteien über den Wiederkaufspreis überhaupt nichts vereinbart, so greift die Auslegungsregel des § 497 Abs. 2 ein: Der Kaufpreis gilt auch für den Wiederkauf als vereinbart.

Mit Recht wendet sich Hahn (S. 54 ff.) gegen diese Regelung und weist nach, daß sie dem Parteiwillen in sehr vielen Fällen nicht entsprechen werde. Sie ist indessen nun einmal Gesetz geworden und kann nur durch Parteivereinbarung im Sinne einer der Möglichkeiten unter a—c unschädlich gemacht werden. Im übrigen kann man ihr den Vorzug großer Einfachheit nicht absprechen, und gegen allzu ungünstige Folgerungen, die sich aus ihr im einzelnen Falle ergeben könnten, schützt den Wiederkaufsberechtigten der Verzicht auf die Ausübung seines Rechtes.

---

[5]) Daß ein bestimmbarer Preis genügt, ist unbestritten, Hahn S. 54; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 13.

[6]) Die Möglichkeit der Vereinbarung des Schätzungswertes beweist gegen die Theorie, nach welcher der Wiederkaufsvorbehalt dem Rücktritt parallele Wirkungen hat. Vgl. dazu Enneccerus-Lehmann S. 618.

[7]) Oertmann § 501 Anm. 1; Staudinger ebenda.

2. Das Wiederkaufsrecht.

§ 6.

Vorbemerkung.

In § 4 oben ist gezeigt worden, daß der Wiederkaufsvertrag in dem Vorbehalt wurzelt, der sich an den ursprünglichen Kauf anlehnt. Trotzdem kommt er mit der Vereinbarung des Vorbehalts nicht zustande, sondern, wie § 497 Abs. 1 ausdrücklich festlegt, erst mit der Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, daß er sein Wiederkaufsrecht ausübe.

Daraus folgt, daß der Vorbehalt zunächst ein Recht erzeugt; von ihm ist nunmehr zu handeln.

§ 7.

Wesen des Wiederkaufsrechts.

I. Das Wiederkaufsrecht ist, wie sein Name klarstellt, ein Recht. Sein Inhalt erschöpft sich darin: Es bringt, wenn der Verkäufer dem Käufer erklärt, er übe das Wiederkaufsrecht aus, den Wiederkauf zustande.[1])

Nicht berechtigt es seinen Inhaber, von dem Erklärungsempfänger ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen. Dies kann er vielmehr nur aus dem Wiederkaufe, der durch die Erklärung zustande kommt. Das Wiederkaufsrecht ist somit kein Anspruch (arg. e contr. § 194 Abs. 1). Schon daraus ergibt sich die Unhaltbarkeit der Ansicht des Kammergerichts (in ZblFG. 1909 S. 569 ff.), nach § 328 sei die Bestellung eines Wiederkaufsrechtes zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks möglich; denn nach § 328 Abs. 1 kann der Dritte nur das Recht erwerben, eine Leistung von dem Versprechenden zu fordern, nichts anderes.

Vielfach wird das Wiederkaufsrecht einen beträchtlichen Vermögenswert darstellen. Es fragt sich, ob dieser nur der Person des Berechtigten zugute kommt oder ob er dem Zugriff der Gläubiger unterliegt, Bestandteil des Nachlasses und Gegenstand einer Verfügung sein kann.

Zu bejahen ist das letztere; denn weder findet sich eine entgegenstehende Bestimmung im Gesetz, die, wie § 514 für das Vorkaufsrecht tut, die Übertragbarkeit und die Vererblichkeit des

[1]) Genaueres über den Inhalt gibt unten § 8.

Wiederkaufsrechtes ausdrücklich ausschlösse, noch ist aus seiner Natur zu folgern, daß es etwa gleich den meisten Rechten des 4. Buchs im Bürgerlichen Gesetzbuch dem Vermögensverkehr entzogen sein soll.

Das Wiederkaufsrecht kann daher, wenn nicht ein anderes vereinbart ist (§ 399 mit § 413), übertragen werden, dient zur Befriedigung der Gläubiger (§§ 851, 857 ZPO.), geht auf den oder die Erben über, kurz, es ist ein Gegenstand im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs.[2])

Aber es ist ein Gegenstand ganz besonderer Art. Wem es zusteht, der kann mittels seiner durch einseitige Erklärung ohne Mitwirkung des Erklärungsempfängers dessen Rechtslage in einem bestimmten Sinn gestalten, er kann ihn sich verpflichten.

Das Wiederkaufsrecht gehört demzufolge unter die Gestaltungsrechte. Seine Ausübung stellt ein Gestaltungsgeschäft dar, und zwar im Gegensatz zu den Geschäften mit Verfügungswirkung ein verpflichtendes Gestaltungsgeschäft.[3])

Nun findet sich bei Sohm a. a. O. S. 14 der Satz, daß die Vorschriften des § 185 auf Gestaltungsgeschäfte keine Anwendung finden. Die Folge davon ist die: Erklärt ein nicht Wiederkaufsberechtigter im eigenen Namen gegenüber dem (ungenau) Verpflichteten,[4]) daß er das Wiederkaufsrecht ausübe, so kann diese Erklärung weder durch Einwilligung noch durch Genehmigung des Berechtigten Rechtswirksamkeit erlangen; sie ist und bleibt nichtig.

Ob dieses Resultat dem Willen des Gesetzgebers entspricht, kann hier nicht untersucht werden, da ein näheres Eingehen auf die noch wenig geklärte Lehre von den Gestaltungsgeschäften aus dem Rahmen dieser Arbeit fällt.

Praktisch wird man gegen das Ergebnis jedenfalls Bedenken hegen können, besonders im Hinblick darauf, daß der Berechtigte stets in der Lage ist, dem Nichtberechtigten das Wiederkaufsrecht zu übertragen und ihn dadurch zum Berechtigten zu machen, was durchaus nicht für alle Gestaltungsrechte gilt (vgl. z. B. das Recht zur Kündigung einer Darlehnsforderung).

---

[2]) So schon das gemeine Recht für die beiderseitigen Ansprüche aus dem pactum de retrovendendo; vgl. Schütze S. 32—38 und die von ihm Zitierten. Für das Wiederkaufsrecht vgl. Mot. Bd. 2 S. 341; Hahn S. 88; Staudinger § 497 Anm. 3; Oertmann § 497 Anm. 4; Wangenheim S. 73.

[3]) vgl. hierzu Sohm S. 9 ff.

[4]) Der Ausdruck ist der Bequemlichkeit halber verwendet; genau genommen kann von einem Verpflichteten vor Ausübung des Wiederkaufsrechtes keine Rede sein; denn eine Pflicht zur Annahme der Wiederkaufserklärung besteht nicht, und ein bedingt (aus dem Wiederkauf) Verpflichteter kann nicht ein Verpflichteter schlechthin genannt werden.

II. Das Wiederkaufsrecht kann nur gegenüber dem Käufer bezw. dessen Rechtsnachfolgern erklärt werden (§ 497 Abs. 1).

Gegenüber Dritten besitzt es keine Kraft; ein Analogon zum dinglichen Vorkaufsrecht der §§ 1094 ff. kennt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht (vgl. unten § 27).

Das Wiederkaufsrecht ist mithin rein persönlicher Natur. (Vgl. dazu auch den § 499, wo ausdrücklich ausgesprochen wird, der Wiederkäufer müsse sich an den Wiederverkäufer halten, falls dieser in der Zwischenzeit über den Kaufgegenstand verfügt habe.)

Jedoch gibt Art. 62 EG. z. BGB. die Möglichkeit, für das Gebiet des Landesrechts ein dingliches Wiederkaufsrecht zu schaffen. Das Beispiel eines solchen bietet das preußische Wiederkaufsrecht in der Gestalt, die es durch Art. 29 preuß. AG. z. BGB. erhalten hat. Von ihm wird in § 27 unten noch kurz die Rede sein.

§ 8.

Inhalt und zeitliche Grenzen des Wiederkaufsrechts.

Das Wiederkaufsrecht verleiht, wie jedes Recht, seinem Inhaber eine Befugnis. Gegenstand dieser Befugnis ist die Erklärung des Berechtigten, durch die nach § 497 Abs. 1 der Wiederkauf zustande kommt. Welche Bewandtnis es mit dieser Erklärung hat, bedarf der genaueren Aufhellung.

I. Das Bürgerliche Gesetzbuch selbst erteilt in den maßgebenden Paragraphen hierüber nur knappe Auskunft; jedoch genügt dieselbe in Verbindung mit andern allgemeinen Vorschriften vollständig, um zu erfahren, was es meint.

Es sagt über die Erklärung ein Vierfaches:

1. Sie muß vom Verkäufer dem Käufer gegenüber abgegeben werden.
2. Sie bedarf nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form (§ 497).
3. Sie ist nur innerhalb einer bestimmten Frist wiederkaufserzeugend (§ 503).
4. Im Falle mehrerer Berechtigter kann sie nur im ganzen abgegeben werden.

Zu Punkt 4 wird gleich an dieser Stelle bemerkt, daß seine Besprechung einem besonderen Paragraphen vorbehalten bleibt.[1])

Jetzt sind die Punkte 1—3 der Reihe nach zu erörtern.

---

[1]) s. unten §§ 11 f.

Zu 1 und 2: Der Wiederkauf kommt zustande mit der Abgabe der Erklärung dem Käufer gegenüber. Mit diesen Worten spricht das Gesetz deutlich aus, daß es einer Annahme der Erklärung durch den Käufer nicht bedarf, d. h. die Erklärung ist eine einseitige, nur empfangsbedürftige Willenserklärung.[2])

Dies ergibt zusammen mit den Ausführungen in § 4 oben, wonach der Wiederkauf in der Vereinbarung des Vorbehalts wurzelt, daß die Erklärung die Ansprüche, die aus dem nunmehr zustande kommenden Wiederkauf erwachsen, nur auslöst, nicht erzeugt. Sie müssen vielmehr, wenn auch bisher unsichtbar, im Keime schon vorhanden gewesen sein.

Hierin liegt ein Hauptargument gegen die Anschauung, die, wie das gemeine Recht es tat, den Wiederkauf auf einen darauf gerichteten Vorvertrag basieren will. Denn als Vertragsantrag bedürfte die Erklärung unbedingt der Annahme durch den Erklärungsgegner und müßte möglicherweise bei dessen Weigerung im Wege des § 894 ZPO. erzwungen werden. Ferner bedürfte die Erklärung bei Grundstückskäufen als Vertragsantrag der Form gemäß § 313. Für alles das bleibt nach dem klaren Wortlaut des § 497 Abs. 1 kein Raum; wird doch ausdrücklich darin festgestellt, daß die Wiederkaufserklärung frei von der Form des Kaufvertrags sein solle.

Danach werden der Vorvertragstheorie alle Stützen entzogen, und ihre Vertreter sehen sich zu allerhand künstlichen Erklärungen des widerstrebenden Gesetzes mit Gründen der Zweckmäßigkeit und rechtlicher Ökonomie gezwungen.[3])

Die Unstimmigkeiten schwinden sofort, wenn man die Wiederkaufserklärung als die aufschiebende Bedingung ansieht, von deren Eintritt die Wirkungen des im Wiederkaufsvorbehalt vereinbarten Kaufvertrages abhängig gemacht worden sind.

Diese Auffassung findet einen kräftigen Halt in der Regelung des Kaufs auf Probe durch den § 495. Dort erkennt das Gesetz selbst in unmißverständlicher Weise die Zulässigkeit der Bedingung „si placuerit", ungenau gesprochen,[4]) an. Zweifel, wie sie ihr gegenüber das gemeine Recht äußerte,[4]) kommen mithin für das Bürgerliche Gesetzbuch nicht in Betracht.

---

[2]) vgl. Staudinger § 497 Anm. 5.

[3]) So z. B. Schütze S. 93; Kuhlenbeck a. a. O.; Dernburg, Bürgerl. R. S. 119.

[4]) Die Formulierung ist insofern nicht glücklich, als nicht im internen Willensvorgang der Eintritt der Bedingung liegt, sondern in der Erklärung des Willens. Mit Rücksicht darauf ist die Gültigkeit derartiger Bedingungen auch schon für das römische Recht bejaht worden. Vgl. Leonhardt bei Hahn S. 34—40 und die dort zit. Gegner der Ansicht.

Das Wiederkaufsrecht läßt sich somit auch bezeichnen als das Recht, den bedingten Wiederkauf durch einseitige Erklärung in einen unbedingten zu verwandeln.

Als einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft untersteht die Erklärung des Berechtigten den §§ 116 ff. Sie wird wirksam mit der Kenntnisnahme unter Anwesenden, unter Abwesenden im Augenblick des Zugehens,[5]) kann innerhalb bestimmter Grenzen widerrufen werden (§ 130 Abs. 1), ist wegen Irrtums, Drohung oder Täuschung anfechtbar und nichtig mangels Ernstes. Erfolgt sie durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht, so greift § 180 ein.[6]) Bei Geschäftsunfähigkeit des Erklärungsgegners entscheidet der Augenblick des Zugehens an den gesetzlichen Vertreter (§ 131 Abs. 1).

Zu 3. Die Zeit, innerhalb deren die Wiederkaufserklärung mit Rechtswirksamkeit abgegeben werden kann, grenzt das Gesetz nur bezüglich des Endes ausdrücklich ab. Nach § 503 beträgt sie bei Grundstücken 30, bei anderen Gegenständen 3 Jahre, beide Male von der Vereinbarung des Vorbehalts ab gerechnet. Wegen der Berechnung der Frist vgl. §§ 187 ff. Sie ist eine Präklusivfrist,[7]) d. h. mit ihrem unbenutzten Ablauf erlischt das Recht restlos; doch haben die Parteien hinsichtlich ihrer Ausdehnung oder Verkürzung freien Spielraum, soweit sie das Erfordernis einer bestimmt bemessenen Frist respektieren (§ 503 Satz 2).

Die Entstehung des Wiederkaufsrechtes muß mangels abweichender Bestimmung auf den Zeitpunkt verlegt werden, in dem der Wiederkaufsvorbehalt als endgültig abgeschlossen zu betrachten ist.[8]) Vorheriger Übergang des Eigentums an der Kaufsache auf den Käufer wird nicht erfordert; ein solches Verlangen wäre weder rechtlich begründet, da nach heutigem Recht dem Kauf der eigenen Sache nichts im Wege steht (vgl. § 1239 BGB.), noch in vielen Fällen dem praktischen Bedürfnis entsprechend.[9])

Wohl aber kann eine sofortige Ausübung des Wiederkaufsrechtes von den Parteien nicht gewollt sein; ist darüber eine Be-

[5]) Näheres bei Hahn S. 66 ff.

[6]) So auch Wangenheim S. 67.

[7]) vgl. Oertmann Anm. 1 zu § 503.

[8]) So schon Schütze S. 56 für das pact. de retrovend., allein mit der Forderung vorgängiger Tradition der Kaufsache, da es rechtlich unmöglich sei, die eigene Sache zu kaufen. Für das römische Recht ist dies zuzugeben (D. 18 I, 16 pr.), nicht für das Recht des BGB. Vgl. dazu die folgenden Ausführungen im Text; über die Digestenstelle Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 257 Anm. 17.

[9]) vgl. den Fall bei Hahn S. 47, wo jemand in einer plötzlich hereinbrechenden Notlage sein Grundstück unter dem Vorbehalt des Wiederkaufs veräußert hat und durch besondere Glücksumstände vor der Auflassung in die Lage kommt, es zurückzuerwerben. Es wäre sinnlos, von ihm die Auflassung zu verlangen, deren Wirkungen sofort durch den contrarius actus wieder beseitigt werden würden.

stimmung getroffen, so entscheidet diese über die Entstehungszeit des Rechts, z. B. bei Festsetzung eines dies a quo, einer Bedingung (vgl. den Fall des Ulmer Wiederkaufs unten in § 29).

Fehlt es an einer ausdrücklichen Vereinbarung, so wird zuweilen aus den Umständen der Wille einer Befristung des Rechts zu entnehmen sein. Diesem stillschweigenden Parteiwillen ist dann gemäß § 157 Rechnung zu tragen.

§ 9.

Gründe für den Untergang des Wiederkaufsrechts.

Für das Wiederkaufsrecht bestehen zwei Möglichkeiten des Untergangs:

1. der Untergang kraft Verwandlung;
2. der Untergang kraft Erlöschens.

Die erste Art findet nur statt bei der rechtsgültigen Ausübung des Rechts. Sofort treten an seine Stelle die Wiederkaufsansprüche, seien es die ursprünglichen, seien es sie ersetzende Schadensersatzansprüche.

Die zweite Art umfaßt folgende Fälle:

a) den unbenutzten Zeitablauf;
b) den Tod des Berechtigten, falls Unvererblichkeit des Rechts vereinbart ist;
c) den zufälligen Untergang des Wiederkaufsgegenstandes (vgl. unten § 20 unter II, 4 a);[1])
d) das Zusammentreffen von Berechtigung und Verpflichtung[2]) in einer Person;
e) den Verzicht auf das Recht.

Über den letzteren ist ebenso wie über die Nichtausübung des Rechts durch einen von mehreren Berechtigten ein kurzes Wort hinzuzufügen.

Als Verzicht auf das Recht wird man den unzweideutig in die Erscheinung getretenen Willen des Berechtigten, das Recht dauernd nicht auszuüben, ansehen müssen.

Dieser Wille kann ausdrücklich erklärt werden oder aber den Umständen zu entnehmen sein; im letzteren Falle ist auf das Erfordernis der Unzweifelhaftigkeit besonderes Gewicht zu legen; denn es handelt sich um die Aufgabe eines womöglich sehr wert-

---

[1]) So auch Oertmann § 498 Anm. 1b; Planck § 498 Anm. 3; Windscheid-Kipp S. 644.

[2]) vgl. oben Anm. 4 zu § 7.

vollen Rechts, die ohne ganz triftige Gründe zunächst niemandem zugetraut werden darf.

Von dem Verzicht scheidet das Gesetz die bloße Nichtausübung des Rechts durch einen von mehreren Berechtigten (§ 502: „Ist es für einen der Berechtigten erloschen oder übt einer von ihnen sein Recht nicht aus . . ."). Dazu hat es guten Grund; denn nachdem im voraufgehenden Satz des § 502 das Wiederkaufsrecht für prinzipiell unteilbar erklärt worden ist, fällt auch die Möglichkeit eines teilweisen Rechtsverzichts durch einen oder den anderen der Berechtigten hinweg. Um nun nicht entweder den widerstrebenden Berechtigten zur Teilnahme am Wiederkauf zwingen oder aber an der Unlust des einen das Recht der andern scheitern lassen zu müssen, schreibt das Gesetz höchst zweckmäßig die Ignorierung des abgeneigten Berechtigten vor und bricht dadurch etwaigen Mißhelligkeiten unter den Beteiligten nach außenhin die Spitze ab. Dies ist um so mehr zu begrüßen, als eine Aufhebung der Rechtsgemeinschaft nach dem Vorgange der §§ 749 ff. BGB. beim Wiederkaufsrecht seiner Natur nach ausgeschlossen ist.[3])

Wann ein Nichtausüben im Sinne des § 502 vorliegt, bestimmt sich im wesentlichen nach den für den Verzicht maßgebenden Gesichtspunkten.[4])

§ 10.

Das Wiederverkaufsrecht und das Kaufsrecht.

I. Über das Wiederverkaufsrecht enthält das Bürgerliche Gesetzbuch wegen seiner Seltenheit keine Bestimmungen. Sollte es doch einmal vorkommen, so wird, wie die Motive (Bd. 2 S. 342) bemerken, in der Regel ein Kaufvertrag mit dem Vorbehalt des Rücktrittsrechts in ihm zu erblicken sein. Oertmann gibt in Anm. 4 der Vorbemerkung zu § 497 ein Beispiel, wo der Fall des Wiederverkaufsvorbehalts praktisch wird.

II. Ein dem Wiederkaufsrecht ähnliches Rechtsgebilde ist ferner das Kaufsrecht.[1]) Obgleich ebenfalls im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht vorgesehen, kommt seiner Vereinbarung selbstverständlich Rechtswirksamkeit zu, sofern sie nicht wider allgemeine Grundsätze, wie z. B. den des § 138, verstößt.

Der Inhalt der Kaufsrechtsvereinbarung ist folgender: Jemand verabredet mit einem andern, daß ihm innerhalb einer bestimmten

---

[3]) vgl. unten § 12.
[4]) s. darüber Oertmann Anm. zu § 502.
[1]) vgl. Kretzschmar, Das Sachenrecht § 883 Anm. III.

Frist das Recht zustehen soll, einen dem andern gehörigen Gegenstand zu kaufen.

Voraussetzung für das Zustandekommen des Kaufs ist die Erklärung des Berechtigten, daß er sein Recht ausübe. Über die nähere Verwandtschaft, die das Kaufsrecht zum Wiederkaufsrecht im Gegensatz zum Rechte des Vorkaufs hat, vgl. unten § 29.

Diese deutet darauf hin, daß man sich bei der Beurteilung einer Kaufsrechtvereinbarung im großen und ganzen an die §§ 497 ff. wird halten können, soweit die Parteiverabredung Lücken aufweist.

Anhang.

Mehrheit von Wiederkaufsberechtigten und -verpflichteten.

§ 11.

Vorbemerkung.

Bei allen bisherigen Untersuchungen ist stillschweigend vorausgesetzt worden, daß sich auf der Berechtigten- wie auf der Verpflichtetenseite nur je eine Person befinde.

Bei der Vererblichkeit und Übertragbarkeit des Wiederkaufsrechtes ist jedoch der Fall leicht denkbar daß auf der einen wie auf der andern Seite eine gleichzeitige Beteiligung mehrerer stattfindet. Die daraus fließenden besonderen Rechtserscheinungen sind in diesem Anhang noch darzustellen.

Das Gesetz sieht in § 502 nur den Fall mehrerer Berechtigter vor. Von ihm soll zunächst die Rede sein.

§ 12.

a) Mehrere Wiederkaufsberechtigte.

Der Satz 1 des § 502 lautet:

„Steht das Wiederkaufsrecht mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im Ganzen ausgeübt werden".

Ob die Mehrheit der Berechtigten von vornherein bestanden hat oder erst später eingetreten ist, kommt für den § 502 nicht in Betracht. Ausschlaggebend ist allein ihr Vorhandensein im Augenblicke der Ausübung des Wiederkaufsrechtes.

Diese kann nur im ganzen erfolgen, d. h. von allen gemeinschaftlich und in bezug auf das ganze Wiederkaufsobjekt.[1]) Das Wiederkaufsrecht ist sonach unteilbar und steht darin andern Gestaltungsrechten gleich, so dem Rücktrittsrecht (§ 356), dem Recht auf Wandlung und dem Recht zum Vorkauf (§ 513).

Die Unteilbarkeit des Rechts aus dem pactum de retrovendendo war überwiegend von der gemeinrechtlichen Literatur ebenfalls anerkannt.[2]) Dem Bürgerlichen Gesetzbuch gleiche Bestimmungen enthielt schon ALR. I, 11 § 320 und sächs. BGB. § 1135. Eine eigentümliche Stellung nimmt dagegen der code civil ein. Er bejaht die Teilbarkeit grundsätzlich in art. 1668 f.; doch wird die Bedeutung dieser Vorschrift sehr durch art. 1670[3]) abgestumpft, wonach „l'acquéreur peut exiger que tous les covendeurs ou tous les cohéritiers soient mis en cause afin de se concilier entre eux pour la reprise de l'héritage entier; et, s'ils ne se concilient pas, il (= der Verpflichtete) sera renvoyé de la demande". Im praktischen Ergebnis kommt dies auf dasselbe hinaus, als wenn das Recht für unteilbar erklärt wäre.

Die Unteilbarkeit besagt jedoch nur, daß der einzelne Berechtigte das Recht weder seinem ganzen Umfange nach noch anteilig ausüben kann; sie hat nicht den Sinn, daß eine Ausübung überhaupt nur unter Mitwirkung aller anfänglich Berechtigten möglich ist. Fällt vielmehr einer von ihnen weg oder übt er sein Recht nicht aus,[4]) so steht die Befugnis den übrigen zu, und so immer fort, solange noch ein Berechtigter vorhanden ist (§ 502 Satz 2).

Durch diese an die Anwachsung erinnernde Erscheinung unterscheidet sich das Wiederkaufsrecht wesentlich von den Rechten auf Rücktritt und auf Wandelung, wie ein Blick auf die §§ 356 Satz 2, 467 lehrt. Mit Recht sieht Hahn (S. 69) in dieser Ausgestaltung des Wiederkaufsrechtes einen Beweis für die Bedingungsnatur desselben, indem einmal auch die Bedingung nur dann als eingetreten gilt, wenn sie ganz erfüllt ist, andrerseits aber zu einer ganzen Erfüllung die Mitwirkung auch nur eines der Berechtigten genügt, wenn die andern aus irgendeinem Grunde für die Ausübung des Rechtes nicht mehr in Betracht kommen.

Dem Satz 1 des § 502 ist ferner zu entnehmen, daß an dem Wiederkaufsrechte kraft seiner Natur eine Rechtsgemeinschaft der Berechtigten besteht.

---

[1]) So Planck Anm. zu § 502.
[2]) vgl. Schütze S. 34 und die daselbst in Anm. 2 gegebenen Belege.
[3]) Zit. aus Cretzschmars Rheinischem Zivilrecht.
[4]) vgl. z. B. oben § 9a, e.

Diese Gemeinschaft ist jedoch keine Bruchteilsgemeinschaft im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs; eine solche würde das Vorhandensein von selbständig veräußerlichen Anteilen an dem gemeinschaftlichen Gegenstand, dem Wiederkaufsrecht, voraussetzen (§ 747 Abs. 1), wovon in Wirklichkeit nicht die Rede sein kann. Infolgedessen finden die §§ 741 ff. auf das Verhältnis der Wiederkaufsberechtigten unteinander keine Anwendung (vgl. § 741: „sofern sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt").

Zwar mag es vorkommen, daß ein Berechtigter oder auch eine Mehrheit von ihnen von der Ausübung des Wiederkaufsrechtes absieht und sich von den andern dafür in irgendeiner Weise abfinden läßt. Vom Standpunkt des Wiederkaufsverpflichteten beurteilt sich die Rechtslage stets unter dem gleichen doppelten Gesichtswinkel:

1. Sind die das Wiederkaufsrecht Ausübenden die wahren Berechtigten?
2. Sind es die einzigen Berechtigten?

Trifft das erstere nicht zu, so ergeben sich dieselben Fragen wie oben § 7, auf den deshalb verwiesen wird.

Für den andern Fall, daß die Erklärung zwar von Berechtigten ausgeht, aber nicht von allen, muß, wenn nicht § 502 Satz 2 einschlägt, aus dem Wortlaut des § 502 Satz 1 gefolgert werden, daß der Wiederkauf vor dem Beitritt der noch fehlenden Berechtigten zu der Erklärung nicht zustande kommt: denn kann nach positiver Vorschrift das Wiederkaufsrecht nur im ganzen, d. h. von allen Berechtigten für das ganze Objekt, ausgeübt werden, so wird damit jeder andersartigen Ausübung die rechtliche Wirksamkeit abgesprochen; werden allerdings Parteiverabredungen getroffen, die eine dem § 502 Satz 1 zuwiderlaufende Regelung bezwecken, so wird man bei dessen dispositiver Natur diese als Grundlage der Beurteilung gelten lassen müssen.

Jedenfalls tut der Wiederkaufsverpflichtete stets gut daran, um Unannehmlichkeiten aus dem Wege zu gehen, die Berechtigung und die Vollzähligkeit der das Recht ausübenden Personen zu prüfen, mag es ihm auch unter Umständen eine nicht unerhebliche Mühe verursachen.

Der Nachweis, daß das Recht für einen der Gemeinschafter erloschen ist, liegt denen ob, die sich darauf berufen.[5])

Prozessual ist die Rechtsgemeinschaft der Wiederkaufsberechtigten von Bedeutung, insofern sie dieselben für Klagen aus dem Rechte (z. B. nach § 256 ZPO.) zu notwendigen Streitgenossen macht (§§ 59, 62 Abs. 1 zweiter Fall ZPO.).[6]) Sie müssen

---

[5]) Hahn S. 70; Staudinger § 502 Anm. 3.
[6]) Gaupp-Stein § 62 Anm. III b, dazu die Note 32 daselbst.

demzufolge gemeinschaftlich klagen, widrigenfalls die Klage wegen mangelnder Sachlegitimation aller abgewiesen wird.

Das gleiche gilt für Klagen, die in Beziehung auf das Recht gegen sie erhoben werden.

Über die Folgerungen, die sich aus der Gemeinschaft im Konkurs eines Berechtigten oder des Verpflichteten ergeben, vgl. unten §§ 30 ff.

Haben die mehreren Berechtigten das Wiederkaufsrecht ausgeübt, so entsteht die Frage, in welchem Verhältnisse sie in Ansehung des nun entstandenen Forderungsrechts zueinander stehen, bezw. ob der Verpflichtete an sie alle gemeinschaftlich leisten muß, ob er durch Leistung an einen beliebigen von ihnen frei wird, oder ob er zu Teilleistungen, etwa entsprechend der Zahl der Wiederkäufer, berechtigt ist.

Maßgebend ist in erster Linie die Wiederkaufsvereinbarung. Enthält sie eine ausdrückliche Bestimmung beispielsweise des Inhalts, daß die Wiederkäufer gesamtgläubigerische Rechte haben sollen, dann ist es unzweifelhaft, daß der Verpflichtete gemäß § 428 durch Volleistung an irgendeinen beliebigen von ihnen liberiert wird.

Fehlt dagegen eine Parteivereinbarung, so hängt die Beantwortung der Frage, wie es dann zu halten ist, davon ab, ob man in der Verpflichtung des Wiederverkäufers, den Gegenstand nebst Zubehör herauszugeben, eine teilbare oder eine unteilbare Leistung erblickt.

Über den Begriff der Herausgabe im Sinne des § 498 Abs. 1 ist das unten in § 19 Ausgeführte zu vergleichen.

1. Was zunächst die Herausgabe einer Sache anbetrifft, so ist nicht schon aus § 432 an sich zu folgern, daß sie nach dem Standpunkte des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine unteilbare Leistung sei.[7]) Denn Satz 2 dieses Paragraphen setzt, indem er von der geschuldeten Sache spricht, eben schon voraus, daß es sich dabei um eine unteilbare Leistung des Schuldners handle.

Eher läßt sich zum Nachweis der Unteilbarkeit der Sachherausgabe § 1011 ins Feld führen, der durch die Anziehung des § 432 klarstellt, daß die Herausgabe von Sachen, an denen dem Herausgabeberechtigten schon das Eigentum zu einem Bruchteile zusteht, eine unteilbare Leistung ist.

Doch erübrigt sich der umständliche Beweis mittels des § 1011 dadurch, daß eine Herausgabe, soweit sie Sachen betrifft, nur zum Teil einfach nicht vorgestellt werden kann. Diese „sachlogische" Notwendigkeit der Unteilbarkeit mit aller Schärfe betont zu haben,

---

[7]) Dies tun Planck § 420 Anm. 2; Windscheid-Kipp S. 18.

ist das Verdienst Kobers (bei Staudinger § 420 Anm. 2 b); dort wird auch zwischen Herausgabe und Besitzeinräumung reinlich geschieden und von der letzteren allerdings zugegeben, daß sie zwar „sukzessive", durch Einräumung des Mitbesitzes nach und nach an jeden Gläubiger erfolgen kann, während dies hinsichtlich der Herausgabe nicht zutrifft.

Hieraus folgt für die Verpflichtung des Wiederverkäufers, daß er gemäß § 432 die geschuldete Sache im Zweifel an alle Wiederkäufer gemeinschaftlich zu leisten, bezw. für alle zu hinterlegen oder an einen Sequester abzuliefern hat.

2. Ist das Wiederkaufsobjekt keine Sache, so muß in jedem einzelnen Falle untersucht werden, ob eine unteilbare Leistung in Frage steht oder nicht.

Nach Windscheid-Kipp (S. 16 f.) ist teilbar im Sinne des Rechts „die Leistung, welche unbeschadet ihres Wesens in Teile zerlegt werden kann, so daß jede Teilleistung eine Leistung des gleichen Inhalts ist wie die Gesamtleistung und sich von der Gesamtleistung nur quantitativ unterscheidet"; eine Leistung dagegen, bei der dies nicht zutrifft, ist eine unteilbare.

Liegt nun eine letztere vor, dann greift wie unter 1 § 432 ein, wobei sich die Anwendbarkeit des Abs. 2 natürlich auf Satz 1 beschränkt.

Im entgegengesetzten Falle gestaltet sich die Rechtslage so, daß mehrere eine teilbare Leistung zu fordern haben. Daraus ergibt sich gemäß § 420 eine nur anteilige Berechtigung der Wiederkäufer. Doch ist nach der ganzen Beschaffenheit des Wiederkaufsgeschäftes anzunehmen, daß dieser Fall nur ganz ausnahmsweise einmal eintreten wird.

Gehört der Anspruch der Wiederkäufer auf Herausgabe zum Nachlasse des ursprünglichen Berechtigten, so gelangt die besondere Vorschrift des § 2039 zur Anwendung. Dabei macht es gemäß § 2041 nichts aus, ob die Ausübung des Wiederkaufsrechtes vor dem Erbfall noch vom Erblasser oder nachher durch seine Erben erfolgt ist. Im letzteren Falle wäre eine Mitwirkung durch sämtliche Erben erforderlich.[8] [9])

---

[8]) Gleiches Resultat Staudinger Bd. 5 § 2039 Anm. 2 und die dort Zitierten, vor allem Strohal, Erbrecht § 64 Note 12.

[9]) Wegen der Haftung der mehreren Wiederkäufer wegen des Preises s. § 427 und Windscheid-Kipp § 388 Anm. 3, wo mit Recht darauf hingewiesen wird, daß in Rücksicht auf die gesamtschuldnerische Haftung der mehreren die Zahl der das Wiederkaufsrecht Ausübenden praktisch von großer Bedeutung für den Wiederverkäufer werden kann.

§ 13.

b) Mehrere Wiederkaufsverpflichtete.

Den Fall der mehreren Wiederkaufsverpflichteten behandelt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht ausdrücklich. In der Beantwortung der Fragen, die sich aus einer derartigen Rechtslage ergeben, herrscht deshalb Streit.

Daß der Gesetzgeber eine dem § 356 entsprechende Regelung beabsichtigt und gleichsam nur versehentlich nicht besonders getroffen habe, ist bei dem naheliegenden Gedanken an jene Vorschrift kaum zu glauben. Schon aus diesem Grunde ist die von Staudinger (§ 502 Anm. 4) prinzipiell verteidigte Analogie, die sich eben auf die in § 356 gegebene Normierung stützt, zum mindesten nicht zweifelsfrei.

Doch sprechen auch noch andere Bedenken gegen sie.

Wer von einem Vertrage zurücktritt, bringt damit zum Ausdruck, daß er ihn nicht wolle, und zwar in toto; dem entspricht die beiderseitige vollkommene Rückgewährverpflichtung, wie sie § 346 anordnet. Für das Nichtwollen muß es gleich gelten, ob dem Zurücktretenden mehrere Vertragsgegner oder nur einer gegenübersteht; denn es ist undenkbar, daß jemand einen ganzen Vertrag teilweise nicht wolle. Daher die selbstverständliche Vorschrift des § 356, daß die Ausübung des Rücktrittsrechtes nur gegen alle möglich sei.

Anders liegen die Verhältnisse beim Wiederkauf. Der Berechtigte will mit seiner Erklärung nicht die Folgen eines früheren Verpflichtungsverhältnisses beseitigen, gleich als ob dasselbe nie bestanden hätte; sein Streben geht vielmehr auf Schaffung eines neuen Vertrags, dessen Keim bereits in dem Vorbehalt des Wiederkaufs gelegt worden ist. Dem Gegner bleiben daher, wie unten im zweiten Hauptteil dargetan werden wird, die Nutzungen des Kaufgegenstandes; der Wiederkäufer braucht dafür keine Zinsen vom früheren Kaufpreis zu erstatten; ja der Wiederkaufspreis kann ein ganz anderer sein wie der Preis beim ursprünglichen Kauf (§ 501).

Stehen dem Berechtigten nun mehrere Erklärungsempfänger gegenüber, so folgt daraus allein keineswegs, daß er alle ihm offenen Wege beschreiten und sein Recht allen gegenüber ausüben müßte. Vielmehr ist es ganz seinem Belieben anheimgegeben, in welchem subjektiven Umfang er dasselbe verwirklichen will, solange die Ausübung sich auf das ganze Recht erstreckt; denn eine anteilige Ausübung wird man kaum als zulässig ansehen können.

Die Folge von alledem ist, daß, wie Oertmann in Anm. 3 zu § 502 es ausdrückt, eine „begriffliche Notwendigkeit" der Unteilbarkeit des Wiederkaufsrechts gegenüber mehreren Verpflichteten nicht besteht.

Ob aber etwa eine praktische Notwendigkeit dafür vorliegt, läßt sich nur durch eine Untersuchung der verschiedenen Möglichkeiten des Parteiwillens und der Konsequenzen ihrer Durchführung an der Hand der einschlagenden gesetzlichen Vorschriften feststellen.

1. Ist die (subjektive) Unteilbarkeit des Rechtes expressis verbis vereinbart, dann hat seine Ausübung selbstverständlich gegenüber allen Verpflichteten gemeinschaftlich zu erfolgen; diese haften alsdann im Zweifel nach § 427 als Gesamtschuldner bei teilbarer Leistung, bei unteilbarer stets nach § 431.

2. Der ausdrücklichen Vereinbarung steht die den besonderen Umständen zu entnehmende stillschweigende gleich. Oertmann führt als Beispiel dafür den Fall an, daß mehrere Gesellschafter einen Gegenstand unter Einräumung des Wiederkaufsrechtes an den Verkäufer für die Gesellschaft erworben haben.

3. Liegt aber weder eine ausdrückliche noch eine stillschweigende Vereinbarung der Unteilbarkeit vor, so wird man wohl aus praktischen Erwägungen sagen dürfen, daß die Ausübung des Wiederkaufsrechtes gegenüber jedem beliebigen Verpflichteten genügen muß, um für und gegen ihn den Wiederkauf zustande zu bringen. Geschieht doch damit dem Betroffenen insofern kein Unrecht, als er im Zweifel auch bei ungeteilter Ausübung des Wiederkaufsrechtes als Gesamtschuldner gewärtig sein müßte, allein auf die ganze Leistung in Anspruch genommen zu werden, und zwar auf Grund der Erwägungen unter 1.

Vielleicht wird man sogar so weit gehen dürfen, dem Berechtigten die Befugnis zuzusprechen, falls der zuerst Belangte zur Erfüllung nicht imstande ist, die Ausübung einem oder allen anderen Verpflichteten gegenüber nachzuholen.

Diese Befugnis würde natürlich entfallen, wenn das Wiederkaufsrecht in der Zwischenzeit überhaupt erloschen wäre, z. B. durch Fristablauf, oder wenn aus der Art der anfänglichen Verschonung einiger Verpflichteter der Wille des Berechtigten entnommen werden könnte, sein Recht den Übergangenen gegenüber überhaupt nicht auszuüben.

Besondere Behandlung erheischt der Fall mehrerer Erben eines Wiederkaufsverpflichteten. Definiert man die Nachlaßverbindlichkeiten im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs in erster Linie als „die vom Erblasser herrührenden, in seiner Person begründeten

Schulden",[1]) so fallen die Ansprüche aus dem Wiederkauf offenbar auch dann unter sie, wenn derselbe erst nach dem Erbfall, und zwar durch Ausübung des Wiederkaufsrechtes gegenüber sämtlichen Erben, zustande kommt. Die Haftung der Erben beurteilt sich alsdann nach § 2058.

---

[1]) So Staudinger Bd. 5 § 1967 Anm. 2 II, 1.

Zweiter Hauptteil.

Rechte, Pflichten und Verpflichtungen der Parteien aus dem Wiederkauf.

§ 14.

Vorbemerkung.

Für den Umfang und die Art der Rechte, Pflichten und Verpflichtungen der Parteien, die einen Kauf unter dem Vorbehalt des Wiederkaufs geschlossen haben, ist einmal die Zeit der Ausübung des Wiederkaufsrechtes von einschneidender Bedeutung. Denn von diesem Momente ab stehen sich Käufer und Verkäufer mit ihren Ansprüchen gegenüber wie bei jedem anderen Kauf: ihre gegenseitigen Rechtsbeziehungen beurteilen sich daher im Grunde nach den Normen des letzteren (§§ 433 ff.). Hinsichtlich des Falls mehrerer Wiederkäufer oder -verkäufer vgl. oben §§ 12 f.

In zweiter Linie kommt für die Beurteilung der beiderseitigen Rechtslage in Betracht, ob ein fester Wiederkaufspreis vereinbart ist, oder ob der Schätzungswert zur Zeit des Wiederkaufs an dessen Stelle treten soll (vgl. das Nähere oben § 5 III).

Nach den beiden angegebenen Gesichtspunkten soll die Darstellung dieses zweiten Abschnittes sich gliedern.

A. Pflichten des Wiederkaufsverpflichteten vor Ausübung des Wiederkaufsrechts.

I. Bei festem Wiederkaufspreis.

§ 15.

Der einseitigen Berechtigung des Verkäufers bis zur Ausübung des Wiederkaufsrechtes entsprechen auf seiten des Käufers einseitige[1]) Pflichten, wenn man von den zunächst nach bedingten

[1]) Das Recht, den Gegenstand zu besitzen, ihn zu nutzen usw., ist Ausfluß der auf dem ursprünglichen Kauf beruhenden Eigentumsübertragung und hat mit dem Wiederkauf nichts zu tun.

Ansprüchen beider aus dem möglicherweise zustande kommenden Wiederkauf einmal ganz absieht. Diese Pflichten sind zu unterscheiden von den Verpflichtungen aus dem perfekt gewordenen Wiederkauf, von denen sie gleichsam Vorläufer sind. Jene sind jetzt nur bedingt vorhanden und haben beim Ausfall der Bedingung nie bestanden; diese bestehen gegenwärtig und unbedingt und erlöschen deficiente condicione.

Jene sind, wenn entstanden, erzwingbar mit den Mitteln der Zwangsvollstreckung, diese prinzipiell nicht. Aber sie wirken indirekt, indem sie, wenn sie vernachlässigt werden, die ursprünglichen Wiederkaufsverpflichtungen in Ersatzverbindlichkeiten verwandeln können.

Ihr Ziel ist: Perpetuierung der Möglichkeit einer Rückveräußerung des Wiederkaufsgegenstandes an den Verkäufer in tunlichst unverändertem Zustand.

Das Gesetz trägt, wie bereits angedeutet, diesen Pflichten dadurch Rechnung, daß es den Käufer für bestimmte Folgen ihrer Vernachlässigung haften läßt, sobald der Wiederkauf zustande gekommen ist. Die haftungsbegründenden Tatsachen werden in den §§ 498 Abs. 2, 499 aufgezählt; es sind:

a) die Verschlechterung;
b) der Untergang;
c) die aus einem andern Grunde eingetretene Unmöglichkeit der Herausgabe;
d) die wesentliche Veränderung des Wiederkaufsobjekts, sowie
e) unmittelbare Änderungen der Rechtslage desselben durch Verfügungen.

Die in a—e aufgezählten Fälle umfassen zugleich die Gesamtheit der Sach- und der Rechtsmängel des Wiederkaufsgegenstandes; hinsichtlich ihrer stellt der Wortlaut des § 498 f außer Zweifel, daß nur solche Mängel in Frage kommen können, die nicht bereits zur Zeit des ersten Kaufs bestanden haben („hat der Wiederverkäufer ...").[2])

Da es sich um Pflichten handelt, die in einem vertraglichen Verhältnisse fußen, verlangt das Gesetz zu ihrer haftungsbegründenden Verletzung normalerweise ein Verschulden des Käufers; er muß also vorsätzlich oder fahrlässig gegen die in der Wiederkaufslage ruhenden Schranken seiner Handlungsfreiheit bezüglich des Wiederkaufsgegenstandes verstoßen, andernfalls bleibt sein Verstoß unter dem Gesichtspunkte des Wiederkaufs rechtlich bedeutungslos (§ 498 Abs. 2 „verschuldet", „ohne Verschulden" mit § 276).

[2]) vgl. auch Windscheid-Kipp S. 644 f.

Alles Verschulden gegen die in der Wiederkaufslage wurzelnden Pflichten setzt notwendig Kenntnis dieser Rechtslage voraus. Fehlt diese ausnahmsweise, so wird zu fragen sein, inwieweit die Unkenntnis selbst auf Fahrlässigkeit beruht; z. B. wird man den Erben des Käufers nicht haftbar machen können, wenn er (mit den Mot. Bd. 2 S. 51[3]) zu sprechen) auf Grund einer nicht durch Fahrlässigkeit verursachten Unkenntnis des Wiederkaufsvorbehaltes den Wiederkaufsgegenstand verbraucht oder vernichtet; die Motive fügen an der angezogenen Stelle noch hinzu „oder über ihn unwiederbringlich disponiert"; dieser Fall konnte hier nicht mit angeführt werden, da das Gesetz in § 499 hinsichtlich der Verfügungen des Käufers ebenso wie in § 498 Abs. 2 hinsichtlich der wesentlichen Veränderungen des Wiederkaufsgegenstandes durch den Käufer von einem Verschulden desselben absieht. Wo es aber auf ein Verschulden nicht ankommt, kann auch von der Pflicht irgend jemandes keine Rede sein. Deshalb ist die Behandlung der beiden Fälle einem späteren Paragraphen[4]) vorbehalten worden.

§ 16.

Die beiden Hauptpflichten des Käufers erschöpfen sich darin, daß er mit dem Wiederkaufsgegenstand in einer Weise verfahre, durch die eine künftige Herausgabe desselben weder vereitelt noch beeinträchtigt werde.

I. Die Vereitelung kann bestehen

1. im Herbeiführen des Untergangs der Sache oder des Rechts; Beispiel: der Käufer äschert das Wiederkaufsgrundstück ein;

2. im Setzen andrer Bedingungen, die die Herausgabe unmöglich machen;

3. in der Verfügung des Käufers über den Gegenstand, z. B. Veräußerung an einen Dritten, der zur Rückübereignung nicht zu bewegen ist.[1]) Auch darin ist eine Vereitelung zu erblicken, daß

4. der Käufer zu tun unterläßt, was erforderlich ist, um den Untergang des Gegenstandes oder eine sonstige Herausgabeunmöglichkeit zu verhüten; z. B. er läßt das gekaufte Haus verfallen.

---

[3]) Die Stelle handelt von der Haftung bei Schuldverhältnissen im allgemeinen, nicht speziell vom Wiederkauf.

[4]) Unten § 20 II, 3.

[1]) Verfügungen der Art, wie sie § 499 Satz 2 aufzählt, werden wohl nie auf ein Verschulden des Käufers zurückzuführen sein. Über ihre besondere Behandlung durch das Gesetz vgl. oben § 15 Anm. 4 und den dazugehörigen Text.

Inwieweit er in solchen Fällen schützend und bessernd eingreifen muß, läßt sich nur für den einzelnen Fall nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte beantworten. Meist wird die ordnungsgemäße Instandhaltung des Wiederkaufsgegenstandes mancherlei Aufwendungen an Geld und Mühe erfordern. Ihnen sich zu unterziehen, ist somit Pflicht des Käufers; ihr Gegengewicht besteht in den Nutzungen, die ihm der Gegenstand bis zum Zeitpunkt des Zustandekommens des Wiederkaufs gewährt.

Das Nähere über die Aufwendungen sowie über die Folgen, die der soeben entwickelte Gesichtspunkt hinsichtlich ihrer Erstattung auslöst, vgl. unten §§ 23 ff.

II. Eine Beeinträchtigung der künftigen Herausgabe des Wiederkaufsgegenstandes durch den Käufer liegt nach § 498 Abs. 2 dann vor, wenn er 1. denselben verschlechtert oder 2. ihn wesentlich verändert; es kann auch 3. eine Verfügung über denselben (z. B. die Verpfändung) eine Beeinträchtigung bedeuten.[2])

Zu 1. Wann eine Verschlechterung des Kaufgegenstandes vorliegt, läßt sich nur an der Hand des einzelnen Falls beurteilen. Der positiven Verschlechterung steht selbstverständlich das Schlechtwerdenlassen gleich, und wie die Verhütung des Untergangs, so ist auch die des Schlechtwerdens eine Pflicht des Käufers, der er mittels Aufwendungen, die ihm billigerweise angesonnen werden können, nachkommen muß.

Zu 2. Der § 498 Abs. 2 macht einen Unterschied zwischen wesentlichen und unwesentlichen Veränderungen. Nur bezüglich der ersteren besteht eine Pflicht des Käufers, sie an dem Wiederkaufsgegenstand nicht vorzunehmen; den letzteren hingegen wird für die Beurteilung der künftig aus dem Wiederkauf entstehenden Verbindlichkeiten jegliche Bedeutung in § 498 Abs. 2 Satz 2 abgesprochen.

Bei der Feststellung des Begriffs der wesentlichen Veränderung wird man nicht von der objektiven Erheblichkeit der Veränderung auszugehen haben, wie sie sich durch eine rein sachliche Vergleichung des frühern Zustandes mit dem jetzigen ergeben würde; vielmehr wird das Interesse des Wiederkaufsberechtigten, das er am Rückerwerb eines tunlichst unveränderten Gegenstandes hat, als Ausgangspunkt zu nehmen sein.[3]) Damit geschieht dem Wiederkaufsverpflichteten keinerlei Unrecht; denn indem er in den

---

[2]) Daß wesentliche Veränderungen sowie Verfügungen der im § 499 bezeichneten Art auch ohne Verschulden des Käufers verpflichten, ist bereits früher angedeutet worden; vgl. ferner unten § 20 II, 3.

[3]) Übereinst. Oertmann § 487 Anm. 2 b; Staudinger § 498 Anm. 3 b.

Vorbehalt des Wiederkaufs willigte, hat er anerkannt, daß der Verkäufer sich nicht endgültig von dem Gegenstand hat trennen wollen, und muß nun auch die Folgen zu tragen wissen.

Zusatz. Insoweit ein Verschulden des Käufers im Sinne der vorstehenden Erörterungen in Frage kommt, ist er auch für das Tun und Lassen der in § 278 bezeichneten Personen verantwortlich.[4]) Denn besteht auch vor Ausübung des Wiederkaufsrechts noch keine Verbindlichkeit desselben, da bis dahin der Eintritt der Bedingung noch aussteht,[5]) so sind doch beim Zustandekommen des Wiederkaufs alle Handlungen, die er zur Erhaltung des Wiederkaufsgegenstandes vornahm oder vornehmen ließ, als Handlungen anzusehen, die „zur Erfüllung seiner (nunmehr entstandenen) Verbindlichkeit" unternommen wurden.[6]) Ein Beispiel bietet die Instandhaltung eines Gutes durch die mannigfachen Kategorien des Gesindes;[7]) denn es macht keinen Unterschied, ob die Erfüllungsgehilfen in dauerndem Verpflichtungsverhältnis zum Schuldner stehen, oder ob sie nur für den einzelnen Fall gedungen sind.

II. Pflichten des Wiederkaufsverpflichteten bei Vereinbarung des Schätzungswertes.

§ 17.

1. Ist als Wiederkaufspreis der Schätzungswert vereinbart, den der gekaufte Gegenstand zur Zeit des Wiederkaufs hat, so verringern sich die Pflichten des Käufers um ein Bedeutendes.

Er kann nach § 501 den Gegenstand verschlechtern oder schlechter werden lassen, zerstören oder untergehen lassen, kann auf andere Weise die Unmöglichkeit der späteren Herausgabe herbeiführen oder doch eintreten lassen, ohne zu ihrer Abwehr etwas zu tun.[1])

Nicht freigegeben sind ihm dagegen Verfügungen über den Wiederkaufsgegenstand, die event. sein Unvermögen[2]) zur

---

[4]) vgl. z. B. auch Staudinger § 498 Anm. 3 c.

[5]) Über die ex tunc-Wirkung der Suspensivbedingung s. § 158 Abs. 1.

[6]) „Das Maß der Sorgfalt, welches der bedingt Verpflichtete anzuwenden hat, ist dasjenige, welches er anzuwenden haben würde, wenn das Rechtsgeschäft unbedingt errichtet worden wäre" (Mot. Bd. 1 S. 258).

[7]) So auch Oertmann zu § 278 Anm. 2 b α.

[1]) So Oertmann § 501 Anm. 2; Staudinger § 501 Anm. 3; Planck § 501 Anm.

[2]) vgl. § 275 Abs. 2: „Unvermögen des Schuldners zur Leistung . . ."

Herausgabe (im Gegensatz zur Unmöglichkeit) begründen, sowie wesentliche Veränderungen[3]) desselben. Der § 499 und in dem einen Punkte auch § 498 Abs. 2 bleiben sonach auch beim Wiederkauf zum Schätzungswert in Geltung.

Oertmann (a. a. O.) bemerkt, daß es auf den ersten Blick hart scheine, dem Wiederkaufsverpflichteten Verfügungen über den Gegenstand bei Vermeidung der Schadensersatzpflicht zu verbieten, hingegen ihm zu erlauben, daß er ihn, selbst schuldhaft, zerstöre. Die Härte schwinde jedoch, wenn man erwäge, daß eine Verfügung meist mit Vorteilen für den Verfügenden verbunden sei, eine Beschädigung und Zerstörung hingegen nicht.

Dazu ist ergänzend hinzuzufügen, daß die Zerstörung und Verschlechterung dem Verkäufer nur insoweit gestattet sein kann, als sie nicht den ausschließlichen oder hauptsächlichen Zweck hat, den Wiederkaufsberechtigten zu schädigen; mit anderen Worten: der Arglist des Käufers gewährt § 501 keine Zuflucht.[4]) Dies ist eine notwendige Folgerung aus einem Grundgedanken des Bürgerlichen Gesetzbuchs, wie er z. B. in den §§ 226, 826 klar zutage tritt.

2. Eigentlich erscheint es selbstverständlich, daß § 501 nur Vorkommnisse treffen will, die vor Abschluß des Wiederkaufs liegen. Oertmann bezeichnet dieses Resultat wenigstens dem Wortlaut des § 501 nach als nicht zweifelsfrei, obgleich er es billigt; Staudinger (in Anm. 4 zu § 501) folgert das gleiche Ergebnis daraus, daß er den § 501 als ein bloßes Anhängsel zu den §§ 498, 500 hinstellt.

Das Hauptgewicht ist wohl darauf zu legen, daß die Bestimmungen des § 501 ihren Grund in der Möglichkeit haben, alle irgendwie erheblichen Momente, wie Verschlechterungen, Verbesserungen usf., bei der Schätzung des Wiederkaufsgegenstandes in Anschlag zu bringen. Als den für die Schätzung maßgebenden Zeitpunkt aber bestimmt das Gesetz die Zeit des Wiederkaufs, d. h. den Moment der Ausübung des Wiederkaufsrechtes; sind demnach nur Vorkommnisse von Bedeutung, die bis zu diesem

---

[3]) And. M. bezüglich der Veränderungen Wangenheim S. 62 mit der Begründung, in § 498 Abs. 2 werde doch bezüglich der Haftung des Käufers die wesentliche Veränderung der schuldhaften Verschlechterung gleichgestellt, und die Haftung schließe § 501 für die letztere zweifelsohne aus, also wohl auch für die erstere. Für diese Ansicht führt Wangenheim auch Matthiaß, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 464, als Stütze an. Seiner Auffassung kann indessen nicht beigepflichtet werden, denn viel tiefgreifender ist die Gleichstellung der wesentlichen Veränderung mit der Verfügung des § 499, indem der Gesetzgeber bei beiden vom Schulderfordernis abstrahiert. Verfügungen der genannten Art aber werden vom § 501 sicher nicht berührt (oben Anm. 1).

[4]) Übereinst. Staudinger § 501 Anm. 7; Planck Anm. zu § 501; Hahn S. 105 und die dort Genannten.

Augenblick bereits eingetreten sind, so entfällt für alle späteren der Grund zu einer besonderen Behandlung; ihre Beurteilung hat daher nach den gewöhnlichen Regeln zu erfolgen, und § 501 bleibt außer Anwendung.

§ 18.

Die vorstehenden Paragraphen geben zu einer allgemeineren Betrachtung Anlaß.

Die Pflichten des Käufers vor Abschluß des Wiederkaufs haben sich völlig zwanglos mit Hilfe der Begriffe Vereitelung und Beeinträchtigung herausstellen lassen.

Ausnahmslos zielten sie ab auf die künftige Herausgabe des Wiederkaufsobjektes an den Berechtigten. Vereitelung und Beeinträchtigung mußten ferner in der Regel auf ein Verschulden des Käufers zurückzuführen sein, um rechtliche Bedeutung zu erlangen.

Alles dies weist auffallend auf die Bestimmungen des § 160 hin, die sich mit dem Schwebezustand bei aufschiebend bedingten Rechtsgeschäften befassen. Die Übereinstimmungen sind so weitgehend, daß man nicht fehlgeht, den § 498 Abs. 2 in der Hauptsache als ein Analogon zu § 160 zu bezeichnen, wie Oertmann es in § 498 Anm. 1c tatsächlich schon getan hat. Besonders ist dies den Ausführungen Windscheids auf S. 645 gegenüber zu betonen. Dort liest man:

> „Das Recht des § 498 steht auf einem wesentlich anderen Boden als das allgemeine Mängelrecht beim Kaufe; denn es handelt sich in Wahrheit nicht um ein Kaufgeschäft, sondern um ein Recht, die Sache auf Grund einseitiger Willenserklärung zurückzuverlangen".

Die Abweichungen des § 498 sind eben in der Hauptsache Ausflüsse der Bedingtheit des Kaufgeschäfts, weiter nichts.

Aus der dargetanen Übereinstimmung der §§ 498 Abs. 2 und 160 ergibt sich, abgesehen davon, daß sie eine neue Stütze für die Richtigkeit der Theorie vom suspensiv bedingten Kaufvertrag bildet, eine weitere allgemeine Pflicht des Käufers, die ihn trifft, mag nun ein fester Wiederkaufspreis oder der Schätzungswert verabredet sein: Er darf sich der Erklärung des Wiederkaufsberechtigten, der den Wiederkauf zustande bringen will, nicht wider Treu und Glauben entziehen; sonst gilt der Wiederkauf als abgeschlossen, auch ohne daß es der vorherigen Erklärung bedürfte (§ 162 Abs. 1).[1])

---

[1]) So schon Hahn S. 77.

B. Rechte und Verpflichtungen der Parteien nach Ausübung des Wiederkaufsrechts.

I. Verpflichtungen des Wiederverkäufers.

1. Bei festem Wiederkaufspreis.

§ 19.

Begriff und Gegenstand der Herausgabeverpflichtung.

I. Kommt der Wiederkauf zustande, so tritt damit ein regelrechter Kaufvertrag in Wirksamkeit. Darauf ist bereits an früherer Stelle hingewiesen worden.

Die Rechte, Pflichten und Verpflichtungen der Beteiligten bestimmen sich dementsprechend in erster Linie nach den §§ 433 ff.; auf diesem Standpunkt steht auch das Bürgerliche Gesetzbuch, denn es erwähnt weder das Recht des Wiederverkäufers auf Zahlung des Kaufpreises noch das auf Abnahme des Kaufgegenstandes (§ 433 Abs. 2).[1])

Es befremdet daher zunächst, unter den Bestimmungen der §§ 498 ff., in denen man nur Ergänzungen oder Abweichungen von den allgemeinen Kaufsgrundsätzen anzutreffen vermeint, gleich zu Beginn in § 498 Abs. 1 die Hauptverpflichtung des Wiederverkäufers, die die Herausgabe des Gegenstandes nebst Zubehör zum Inhalt hat, nochmals ausdrücklich angeordnet zu sehen.

Hierzu geben jedoch die Protokolle (Bd. 2 S. 84) eine sehr einfache Aufklärung: Man hat bei Beratung des Gesetzes die Vorschrift des (jetzigen) § 498 Abs. 1 lediglich deshalb eingestellt, um etwaigen Zweifeln über das rechtliche Schicksal des Zubehörs vorzubeugen. Es war die Meinung, daß dessen Behandlung je nach der vom Gesetzgeber offengelassenen Konstruktion des Wiederkaufsvorbehaltes eine verschiedene sein könnte und daß besonders bei der Auffassung des mit diesem Vorbehalt geschlossenen Kaufes als eines durch Ausübung des Wiederkaufsrechtes resolutiv bedingten der Zeitpunkt der Vereinbarung des Vorbehaltes als der für den Umfang des herauszugebenden Zubehörs maßgebende angesehen werden könnte.[2])

---

[1]) Über den Abnahmebegriff s. Oertmann § 433 Anm. 3b ε; Staudinger § 433 Anm. IX, 2 und die dort Angeführten.

[2]) Diese Möglichkeit übersieht Hahn S. 90 f.

Nun bietet zwar das Bürgerliche Gesetzbuch für eine solche Auffassung gar keinen Anhalt; man denke nur an die dingliche Wirkung der resolutiven Bedingung im Gegensatz zu den rein obligatorischen Erscheinungen, die die Ausübung des Wiederkaufsrechtes im Gefolge hat.

Übrigens muß festgestellt werden, daß der Wortlaut des § 498 Abs. 1 gar nicht zweifelsfreie Auskunft über den Zeitpunkt erteilt, der bei der Bemessung des herauszugebenden Zubehörs zugrunde gelegt werden soll.

Wohl aber bringt § 498 Abs. 1 noch einmal in aller Deutlichkeit zum Ausdruck, daß die Rechtsverhältnisse nach dem Zustandekommen des Wiederkaufs nach dem Willen des Gesetzes sich analog denen bei jedem anderen gewöhnlichen Kauf gestalten; denn was § 498 Abs. 1 für den Wiederkauf anordnet, das ergibt sich für den Kauf aus § 433 Abs. 1 mit § 314.

Aus diesem rein wiederholenden Charakter des § 498 Abs. 1 folgt, daß mit dem Worte „Herausgabe" durchaus nichts Besonderes gemeint ist, daß darunter vielmehr lediglich eine Rechtsverschaffung im Sinne der verschiedenen Möglichkeiten des § 433 Abs. 1 zu verstehen ist. Daher geht es nicht an, aus seiner Verwendung durch den Gesetzgeber bestimmte Folgerungen auf das Wesen des Wiederkaufs zu ziehen, wie Windscheid-Kipp S. 645 es tut. Er sagt:

> „Es handelt sich in Wahrheit nicht um ein Kaufgeschäft, sondern um ein Recht, die Sache auf Grund einseitiger Willenserklärung zurückzuverlangen. Daher spricht schon § 498 Abs. 1 von Herausgabe, wovon beim Kauf keine Rede ist (vgl. § 433 Abs. 1)".

Dabei wird vor allen Dingen außer Acht gelassen, daß der Wiederkäufer früheres Eigen zurückerwirbt, daß es sich also von seinem Standpunkt sowohl wie von dem seines Vertragsgegners aus um eine Herausgabe (das ist Rückgabe, vgl. § 848 z. B.) handelt; spricht doch das Bürgerliche Gesetzbuch überhaupt gern von einer Herausgabe in Fällen früherer Berechtigung dessen, an den herauszugeben ist; Beispiele dafür bieten die §§ 516 Abs. 2, 527 f., 812, 848.

II. Die Verpflichtung zur Herausgabe (der, wie jeder Verpflichtung, ein entsprechendes Recht gegenübersteht, was zugleich für alle weiteren Fälle gesagt sein mag) erstreckt sich nach § 498 Abs. 1 auf den Wiederkaufsgegenstand und das zur Zeit der Wiederkaufserklärung vorhandene Zubehör.[3]) Sie umfaßt nicht die in der Zwischenzeit vom Wiederverkäufer gezogenen Nutzungen,

[3]) Was das BGB. unter Zubehör versteht, führen die §§ 97 f. aus.

wie die Motive (Bd. 2 S. 343) betonen; ein erneuter Hinweis, daß der Gesetzgeber in dem Vorbehalt des Wiederkaufsrechtes etwas anderes erblickt wissen wollte als in dem des Rücktrittsrechtes (vgl. § 347 Satz 1 u. 2).[4])

Daß für den Umfang des herauszugebenden Zubehörs im Zweifel der Zeitpunkt des Wiederkaufsabschlusses maßgebend sein solle, war in § 478 des 1. Entw. eigens ausgesprochen; die Vorschrift ist wegen ihrer Selbstverständlichkeit nicht Gesetz geworden.

Das gleiche Schicksal hat aus dem nämlichen Grunde den § 479 Abs. 3 des 1. Entw. ereilt, der unter anderem die Anschaffung von Zubehörstücken den Verwendungen auf den Kaufgegenstand gleichstellte. Soweit sich das Instandhalten und der Neuerwerb von Zubehör als eine Unterart der Aufwendungen darstellt, gelten die im folgenden über die letzteren anzuschließenden Ausführungen auch für Zubehör.

Das gleiche ist bezüglich des Zubehörs zu sagen, das als eine Einrichtung im Sinne des § 500 Satz 2 erscheint.

Wegen der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs durch den Wiederkäufer vgl. § 320.

§ 20.

Die Verpflichtung zur Herausgabe des Kaufgegenstandes ist das Primäre. Ihre Verwirklichung setzt voraus, daß der Wiederverkäufer ihr noch nachkommen kann. Ist er dazu nicht imstande, so fragt es sich in der Regel, ob die gänzliche oder teilweise Unmöglichkeit der Herausgabe die Folge davon ist, daß er eine der Pflichten vernachlässigt hat, die ihn als Wiederkaufsverpflichteten trafen.

I. Die Pflichten des Wiederverkäufers nach Abschluß des Wiederkaufs entsprechen in den Hauptpunkten denen vor diesem Zeitpunkt. Sie darzustellen ist hier nicht der Ort, da sie keine aus dem Wesen des Wiederkaufs entspringenden Besonderheiten darstellen. Deshalb mag ein Verweis auf die §§ 275 ff., 323 ff., 446 genügen.[1])

II. Die Vernachlässigung einer der Pflichten, wie sie oben in § 15 aufgezählt worden sind, erzeugt sekundäre Ansprüche des Wiederkäufers, die entweder an die Stelle des Herausgabeanspruchs treten oder neben ihn. Ihr Inhalt ist: Ersatz des dem Wieder-

---

[4]) s. Enneccerus-Lehmann S. 618.

[1]) vgl. Staudinger § 498 Anm. 4; Oertmann § 498 Anm. 1 d; Windscheid-Kipp S. 645.

käufer entstandenen Schadens.[2]) Sie sind jetzt einzeln durchzugehen.

1. Hat der Wiederverkäufer die Herausgabe vereitelt (oben § 16 I, 1—4), so ist er nach § 498 Abs. 2 Satz 1 zum vollen Schadensersatz verbunden. Ist er nur zur teilweisen Herausgabe noch imstande, so wird man gemäß § 325 Abs. 1 Satz 2 fragen müssen, ob die teilweise Leistung für den Wiederkäufer ein Interesse hat; ist dies zu verneinen, dann wird auch für diesen Fall der Wiederverkäufer für im vollen Umfang schadensersatzpflichtig erklärt werden müssen.

Wegen der Beweislast bei Unmöglichkeit der Leistung s. § 282.

Beruht die Vereitelung oder Beeinträchtigung der Herausgabe auf einer Verfügung des Wiederverkäufers über den Kaufgegenstand (vgl. dazu unten unter 3),[3]) so tritt nach § 499 Satz 1 an erster Stelle eine Beseitigungsverpflichtung ein. Erst wenn er dieser nicht zu genügen vermag, wird er schadensersatzpflichtig, und zwar nach den §§ 283, 284 ff., 325, 326.[4])

Zusatz. Gegen den Dritten stehen, wie mehrfach hervorgehoben, dem Wiederkäufer auf Grund seines Wiederkaufsrechtes keine Ansprüche zu. Dies kann sehr unbillig erscheinen, wenn jener, um ihn zu schädigen, den Gegenstand in Kenntnis des Wiederkaufsrechtes an sich gezogen hat; vielleicht ist dafür nicht einmal vom Wiederverkäufer, der in Vermögensverfall geraten ist, Ersatz zu erlangen. Für diese und ähnlich gelagerte Fälle ist man darüber einig, daß dem Wiederkäufer gegen den Dritten ein Ersatzanspruch aus § 826 zustehe.[5])

2. Ist der Herausgabeanspruch des Wiederkäufers durch ein Verschulden des Wiederverkäufers beeinträchtigt (s. oben § 16 II, 1—3), so ist letzterer wiederum kraft § 498 Abs. 2 für den daraus entstandenen Schaden verantwortlich.

3. Bei wesentlichen Veränderungen des Wiederkaufsgegenstandes aber sowie in den Fällen des § 499[6]) trifft den Wiederverkäufer die Ersatz- bezw. Beseitigungsverbindlichkeit selbst dann, wenn ihm kein Verschulden zur Last fällt.

Oertmann[7]) erklärt diese abweichende Erscheinung, allerdings nur bezüglich der wesentlichen Veränderungen, damit, daß

---

[2]) Über den Begriff vgl. §§ 249 f.; Wangenheim S. 59.

[3]) vgl. § 499 Satz 2.

[4]) So Oertmann § 499 Anm. 2; Planck § 499 Anm. zu Satz 1.

[5]) vgl. Kuhlenbeck a. a. O.; Hahn S. 79; Dernburg S. 121.

[6]) Bei anderen Verfügungen (z. B. durch Zwangsenteignung) liegt eine vom Wiederverkäufer nicht zu vertretende Unmöglichkeit vor, die als zufällige Verschlechterung oder zufälliger Untergang des Gegenstands zu bewerten ist; Planck Anm. zu § 499.

[7]) § 493 Anm. 1 c.

der Wiederverkäufer bereits vor Abschluß des Wiederkaufs bedingter Schuldner ist. Das ist in dieser Allgemeinheit zu unbestimmt, zumal dann nur ein Hinweis auf § 160 als analoge Vorschrift folgt; dieser Paragraph verlangt aber gerade stets ein Verschulden des bedingt Verpflichteten.

Befriedigender erscheint die Auffassung Hahns (S. 96) von dem Rechtsgrund des § 499. Er erklärt den Paragraphen als direkten Ausfluß des Prinzips, daß dem Wiederkaufsverhältnis als einem bedingten die Treue zu halten ist, und zieht zur Vergleichung den § 161 heran. Nun handelt allerdings § 161 davon, daß jemand unter einer aufschiebenden Bedingung über einen Gegenstand verfügt hat, und spricht die Unwirksamkeit jeder weiteren Verfügung im Falle des Eintritts der Bedingung aus, insoweit . . . usf. (vgl. § 161). Im Falle des § 499 dagegen ist von der Verpflichtung zur Beseitigung von Verfügungen die Rede, die jemand über einen Gegenstand getroffen hat, bezüglich dessen ein andrer einen aufschiebend bedingten Herausgabeanspruch hatte.

Immerhin abstrahieren beide Vorschriften von einem Verschulden des bedingt Verpflichteten wie des bedingt verfügt Habenden und lassen insofern schon einen Vergleich zu.

Hauptsächlich werden praktische, dem Wiederkäufer günstige Erwägungen bei Normierung der Ausnahmevorschriften den Ausschlag gegeben haben.

So bildet die strenge Ersatzverpflichtung bei wesentlichen Veränderungen ein Gegengewicht gegen die dem Wiederverkäufer in § 500 eingeräumte Befugnis, beliebige Aufwendungen auf den Gegenstand zu machen, die der Wiederkäufer erstatten muß, soweit ihre werterhöhende Wirkung zur Zeit der Wiederkaufserklärung noch andauert.[8])

In Ansehung des § 499 hingegen läßt sich geltend machen, daß der Wiederverkäufer regelmäßig durch die Verfügung, die er selbst vornimmt, einen Vermögensvorteil erlangen wird, so daß wenigstens in diesen Fällen die Beseitigungs- und eventuelle Ersatzverbindlichkeit für ihn keine Härte bedeutet.[9])

Bemerkenswert ist jedoch, daß § 478 Satz 2 des 1. Entw. für den Fall der Verfügungen noch eine dem jetzigen § 498 Abs. 2 Satz 1 entsprechende Regelung vorsah, also ein Verschulden des Wiederverkäufers forderte.

Es liegt in dem ganzen Wesen der Wiederkaufslage begründet, daß dem Wiederkäufer ein Wissen von den die Herausgabe ver-

---

[8]) vgl. Wangenheim S. 51.

[9]) Beim Erfordernis des Verschuldens würde überdies § 499 Satz 2 alle Bedeutung verlieren.

eitelnden oder beeinträchtigenden Umständen nicht schadet, selbst wenn es im Zeitpunkte der Ausübung seines Rechts vorhanden ist (anders natürlich § 460).[10])

Zusatz. Im Anschluß an die vorstehenden Erörterungen mag ein Fall Erwähnung finden, von dem ZblFG. 1904 S. 102 berichtet:

Ein Miterbe hat seinen Anteil am Nachlasse seines Vaters unter dem Vorbehalt des Wiederkaufsrechtes an einen Fremden verkauft. Die übrigen Miterben üben in der gesetzlichen Frist ihr Vorkaufsrecht aus. Frage: Kann der vorkäuferische Miterbe sein Wiederkaufsrecht noch ausüben?

Daß auch ein Erbanteil Gegenstand des Wiederkaufs sein kann, ist bereits oben in § 5 bejaht worden. Gesetzt, den vorkäuferischen Miterben ist der Anteil zur Zeit der Ausübung des Wiederkaufsrechtes bereits in der Form des § 2033 Abs. 1 übertragen, so steht dem Wiederkäufer ein Anspruch auf Beseitigung der Rechte der Miterben gegen den Wiederverkäufer zu.

Wird dagegen das Wiederkaufsrecht nach dem Vorkaufsrecht, aber vor Übereignung des Anteils an die Vorkäufer ausgeübt, so ist zu unterscheiden. Überträgt der Dritte den Anteil an die Vorkäufer, denen er zuerst verpflichtet wurde, so beurteilt sich seine Lage dem Wiederverkäufer gegenüber nach § 325 Abs. 1; erlangt dagegen der Wiederkäufer den Anteil durch Verfügung des Dritten zurück, so stehen den vorkäuferischen Erben die in § 325 Abs. 1 vorgesehenen Ansprüche zu.

Schwerlich wird im letzteren Fall von einem Eintritte der Vorkäufer in den vollzogenen Wiederkauf gemäß § 2037 die Rede sein können. Denn sowie der wiederkäuferische Miterbe den Erbanteil zurückerhält, ist ja für die übrigen Miterben die Gefahr beseitigt, daß eine fremde Person sich in ihre Gemeinschaft eindrängt und bei der Auseinandersetzung etwa Schwierigkeit bereitet; gegen diese Gefahr soll das erbrechtliche Vorkaufsrecht aber lediglich eine Abwehr[11]) bilden.

4. Abgesehen von den beiden unter 3. besprochenen Fällen lassen zufällige Vereitlung oder Beeinträchtigung der Herausgabe des Kaufgegenstandes Verpflichtungen des Wiederverkäufers überhaupt nicht oder nur mit vermindertem Inhalt zustande kommen.

a) Bei zufälligem Untergang oder sonstiger Unmöglichkeit der Herausgabe erlischt das Wiederkaufsrecht überhaupt (vgl. oben § 9c).

---

[10]) vgl. dazu Staudinger § 498 Anm. 3d.

[11]) So Prot. Bd. 5 S. 840; Planck Bd. 5 zu § 2034; Staudinger Bd. 5 zu §§ 2034—2037.

b) Zufällige Verschlechterungen des Gegenstandes berechtigen den Wiederkäufer nicht einmal zu einer Minderung des Kaufpreises (§ 498 Abs. 2 Satz 2),[12]) mit andern Worten: für sie trägt der Wiederkäufer unter allen Umständen die Gefahr.

Aus dieser von den Bestimmungen des § 446 Abs. 1 abweichenden Gesetzesstelle folgern einige Schriftsteller[13]) die Unhaltbarkeit der Theorie, die den Wiederkaufsvorbehalt als einen aufschiebend bedingten Kaufvertrag erklärt. Dieser Schluß ist nicht stichhaltig; denn einmal bezieht sich die Abweichung nur auf einen nebensächlichen Punkt, außerdem läßt sie sich aus naheliegenden Gründen rechtfertigen; ist es doch ein Erfordernis der Billigkeit, daß der Wiederkäufer, der ja den Nutzen von einer zufälligen Werterhöhung hat, mit den Nachteilen der kasuellen Verschlechterung belastet wird. Ferner schließt die Vereinbarung eines festen Wiederkaufspreises angesichts der vielen Eventualitäten, die in dem oft sehr weiten Zeitraum den Gegenstand treffen können, eine stillschweigende Übernahme der Gefahr zufälliger Verschlechterungen wohl stets in sich.[14])

c) Den zufälligen Verschlechterungen sind die unwesentlichen Veränderungen gleichgestellt ohne Rücksicht, ob der Wiederverkäufer sie verschuldet hat oder nicht (§ 498 Abs. 2 Satz 2).[15]) Diese Bestimmung ist sehr praktisch. Oft wird eine nutzbringende Verwertung, ja selbst ordnungsmäßige Erhaltung des Gegenstandes gar nicht durchführbar sein ohne die Vornahme kleiner Veränderungen. Wollte man diese den Wiederverkäufer durch spätere Minderung des Kaufpreises entgelten lassen, so würde er womöglich unbilligerweise geschädigt werden, und auch der Wiederverkäufer käme durch die eintretende Verschlechterung nicht recht auf seine Rechnung, trotz seines Schadensersatzanspruchs. Aus diesem Grunde wird man auch eine Verpflichtung des Wiederverkäufers zur Naturalherstellung ablehnen müssen, obwohl der Wortlaut des Gesetzes sie wenigstens nicht ausschließt.[16])

Zusatz zu II. Streit herrscht darüber, ob der Wiederverkäufer in den Fällen, in denen er wegen eines verschuldeten Mangels

---

[12]) Zur Wandelung sonach erst recht nicht, Planck § 498 Anm. 3; wohl aber wird man dem Wiederkäufer ein Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 1, 2 zuerkennen müssen, wenn er bei Ausübung des Wiederkaufsrechtes die Verschlechterung nicht gekannt hat und wenn sie eine solche Eigenschaft des Gegenstandes betrifft, die im Verkehr als wesentlich angesehen wird.

[13]) Vor allem Planck Anm. 3 der Vorbem. zu § 497; Kuhlenbeck a. a. O.

[14]) Wie hier Enneccerus-Lehmann S. 620; Hahn S. 92 ff. und die von ihm Zitierten.

[15]) vgl. dazu die ähnliche Bestimmung des § 459 Abs. 1 Satz 2.

[16]) Gleicher Ansicht mit andrer Begründung Oertmann § 498 Anm. 1 c a. E.

schadensersatzpflichtig ist, sich auch statt dessen eine Wandelung oder Minderung seitens des Wiederkäufers muß gefallen lassen.

Dies verneinen Planck[17]) und Windscheid-Kipp.[18]) Letzterer begründet seine Ansicht hauptsächlich damit, daß das Recht des § 498 auf einem wesentlich anderen Boden stehe als das allgemeine Mängelrecht beim Kaufe, da es sich gar nicht um ein wahrhaftiges Kaufgeschäft handle.

Diese Behauptung ist bereits oben in § 16 richtiggestellt worden. Es dürfte dementsprechend vielmehr mit Oertmann[19]) die prinzipielle Zulässigkeit von Wandelung und Minderung auch beim Wiederkauf zu bejahen sein, dies um so mehr, als § 498 Abs. 2 Satz 2 anzudeuten scheint, daß der Gesetzgeber nur für die dort ausdrücklich erwähnten Fälle die dem Kaufe eigentümlichen Rechtsbehelfe hat ausschließen wollen.

2. Verpflichtungen des Wiederverkäufers bei vereinbartem Schätzungswert.

§ 21.

Entsprechend dem engen Kreis der Pflichten, die den Wiederverkäufer bei vereinbartem Schätzungswert treffen, wovon oben § 17 handelt, sind auch seine Verpflichtungen nach Abschluß des Wiederkaufs nur wenige.

Zwar ist er zunächst ebenso, wie wenn ein fester Kaufpreis vereinbart wäre, zur Herausgabe des Gegenstandes nebst Zubehör verbunden. Kann er dem aber nicht Folge leisten, so tritt keine Ersatzverbindlichkeit an Stelle der Hauptverpflichtung; vielmehr ist der danach zu bestimmende Kaufpreis der Regulator, der den Wiederkäufer vor Benachteiligungen schützt.

Nur im Falle arglistig herbeigeführten Untergangs kann der Wiederverkäufer dem Wiederkäufer zum Ersatz verpflichtet sein, jedoch nicht, wie oben § 17, 1 a. E. ausgeführt, aus § 498 Abs. 2, sondern aus § 826.

Nichts bestimmt § 501 über die Vereitlung oder Beeinträchtigung des dem Wiederkäufer zustehenden Herausgabeanspruchs durch wesentliche Veränderungen am oder Verfügungen über den Wiederkaufsgegenstand gemäß § 499.

---

[17]) § 498 Anm. 3, wo auch Cosack Bd. 1 S. 463 angezogen wird.
[18]) S. 644.
[19]) § 498 Anm. 3c.

a) Hinsichtlich der letzteren herrscht Einstimmigkeit.[1]) Sie sind vom Wiederverkäufer ganz ebenso zu beseitigen, wie wenn ein bestimmter Wiederkaufspreis vereinbart worden wäre, bezw. tritt bei Unmöglichkeit der Beseitigung eine Ersatzverpflichtung ein.[2])

b) Von den Veränderungen (ohne Unterschied ob wesentlich oder unwesentlich) behauptet Oertmann zu § 501 unter Berufung auf Goldmann-Lilienthal, daß sie „natürlich ebensowenig" wie Verschlechterungen, Untergang der Sache usf. den Wiederverkäufer haftbar machten.

Dem ist schwerlich beizutreten. Denn aus dem gleichen Grunde könnte man die Außerkraftsetzung des § 499 durch den § 501 verteidigen, indem hier wie dort einer Beeinträchtigung der Rechte des Wiederverkäufers bei Taxierung des Preises Rechnung getragen werden könnte.

Dies tut aber Oertmann selbst bezüglich des § 499 nicht; man wird also sagen müssen, daß bei dem Schweigen des Gesetzes in Rücksicht auf die sonstige Gleichbehandlung der Verfügungen des § 499 mit den wesentlichen Veränderungen für die letzteren auch dann vom Wiederverkäufer gehaftet wird, wenn der Schätzungswert zur Zeit des Wiederkaufsabschlusses maßgebend ist.[3])

II. Verpflichtungen des Wiederkäufers.

1. Bei festem Wiederkaufspreis.

§ 22.

Wie bereits oben in § 15 am Eingang bemerkt worden ist, kann von Verpflichtungen des Wiederverkäufers erst vom Abschlusse des Wiederkaufs an die Rede sein. Bis dahin ist er lediglich Berechtigter und bestehen Ansprüche des Wiederverkäufers gegen ihn erst im Keime, nämlich aufschiebend bedingt.

Mit dem Augenblick der Ausübung des Wiederkaufsrechtes wird er Käufer. Als solchen trifft ihn in erster Linie die Verpflichtung zur Zahlung des vereinbarten (§ 497 Abs. 2) Kaufpreises sowie zur Abnahme der gekauften Sache, wenn eine Sache Gegenstand des Wiederkaufs ist (§ 433 Abs. 2); alles wie bei jedem gewöhnlichen Kaufvertrag.

---

[1]) Planck u. Oertmann zu § 501; Staudinger § 501 Anm. 3; Hahn S. 104.

[2]) vgl. oben § 20 II, 3, 2 a. E., 1 a. E.

[3]) Wie hier Planck zu § 501; Staudinger § 501 Anm. 3; Hahn S. 104.

Zinsen vom Kaufpreis des ursprünglichen Kaufes sind ebensowenig zu erstatten wie von seiten des Wiederverkäufers die gezogenen Nutzungen.[1])

Zweifel erheben sich, wie es zu halten ist, wenn der Wiederkäufer einen nicht der Gattung nach bestimmten Gegenstand als Nebenleistung vom ursprünglichen Kaufpreis erhalten hat und ihn nicht oder nicht unverändert zurückgeben kann.

§ 479 Abs. 2 des 1. Entw. schloß in diesem Falle die Ausübung des Wiederkaufsrechtes aus. Die Bestimmung wurde gestrichen mit dem Bemerken, es handle sich um einen Fall teilweiser Unmöglichkeit der Leistung auf seiten des Wiederkäufers zur Zeit des Abschlusses des Wiederkaufs; diese mache denselben nach Maßgabe des (jetzigen) § 306 nichtig, soweit nicht der § 139 (in der Gesetz gewordenen Fassung) eingreife.[2])

Diese Erwägung trifft nicht zu. Ihr Ergebnis tritt nur dann ein, wenn die Nebenleistungen von allem Anfang an ihrer Natur nach unerstattbar waren (z. B. persönliche Dienste in einer vorübergehenden, nur einmal so gestalteten Lage). In diesem Falle kann man allein von einer anfänglichen Unmöglichkeit und von einem Einschlagen des § 306 reden. Bei so gestalteter Sachlage aber wird wohl stets daraus, daß die Parteien den Wiederkaufsvorbehalt vereinbart haben, trotzdem sie die Unerstattbarkeit der Nebenleistungen kannten, ihr Wille zu entnehmen sein, dem Vorbehalt gleichwohl Rechtswirksamkeit zu verleihen. Ob dabei jene Leistungen für den Wiederkauf überhaupt außer Betracht bleiben oder in Geld etwa zu ersetzen sein sollten, muß der Auslegung des Einzelfalls überlassen bleiben; jedenfalls schützt dann § 139 das Geschäft vor der Nichtigkeit, die ihm aus § 306 droht.

Ist hingegen die Unmöglichkeit der Erstattung besagter Nebenleistungen erst nach Kaufsabschluß und Vereinbarung des Wiederkaufsvorbehalts, aber vor Ausübung des Wiederkaufsrechtes eingetreten, so ist für eine Anwendung des § 306 überhaupt kein Raum. Er verlangt einen auf eine unmögliche Leistung *gerichteten* Vertrag. Die Richtung des Wiederkaufsvertrags jedoch auf bestimmte, seinem Wesen entsprechende Leistungen wird festgelegt mit der Vereinbarung des Wiederkaufsvorbehalts; daß die in ihm wurzelnden Ansprüche vorerst nur bedingt in die Erscheinung treten, ändert daran nichts.

Eine Unmöglichkeit, die zur Zeit jener Vereinbarung nicht

[1]) s. auch Hahn S. 97.
[2]) Prot. Bd. 2 S. 87.

besteht, ist daher keine anfängliche. Sie beurteilt sich somit nicht sowohl aus § 306, als vielmehr nach den §§ 275, 323 ff.[3])

§ 23.

Ersatz von Verwendungen.

Eine weitere Verpflichtung des Wiederkäufers stellt § 500 auf: den Ersatz von Verwendungen, die der Wiederverkäufer vor[1]) Abschluß des Wiederkaufs gemacht hat, und zwar soweit der Wert des Gegenstandes durch sie erhöht ist.

I. Der Begriff der Verwendung hat der genauen Umgrenzung viele Schwierigkeiten bereitet. Vgl. die verschiedenen, mehr oder weniger unklaren Erklärungen der Motive, Dernburgs und Endemanns (bei Baring Bd. 14 S. 464).

Baring selbst a. a. O. versteht unter Verwendung die Einbuße an wirtschaftlichen Gütern, die — nach der Auffassung des Verwendenden — zum Zwecke der physischen Erhaltung einer Sache oder einer Gesamtheit von Sachen oder zur Verbesserung ihrer tatsächlichen Beschaffenheit erlitten wird.

Wenige Zeilen später wird der physischen Erhaltung der Sache „die Erhaltung in ihrem Bestande oder in ihrer tatsächlichen Erreichbarkeit" gleichgestellt. Eine ähnliche Erweiterung wird man zur Vervollständigung der Definition auch der Verbesserung zuteil werden lassen müssen, indem unter sie zweifellos auch Sanierungen der Rechtslage fallen.

Außerdem ist zu berücksichtigen, daß § 500 von Verwendungen spricht, die der Wiederverkäufer auf den gekauften „Gegenstand" gemacht hat; falsch ist es somit, wenn Staudinger (§ 256 Anm. 2) behauptet, das Bürgerliche Gesetzbuch spreche nur von Verwendungen auf eine Sache, und auch die Baringsche Begriffsbestimmung bedarf einer Ausdehnung in dieser Richtung.

Das Nähere über die Verwendungen ist bei Baring a. a. O. zu vergleichen.

---

[3]) Falsch ist es aus dem gleichen Grunde, wenn Hahn S. 92 Anm. 1 für den Fall der Unmöglichkeit der Herausgabe des Kaufgegenstandes den § 308 zitiert, um auf ihn die Anwendbarkeit des § 323 zu basieren. § 308 Abs. 2 spricht davon, daß eine unmögliche Leistung ... versprochen wird; die Unmöglichkeit aber, die nach dem Wortlaut und Sinn des Paragraphen schon zur Zeit des Versprechens bestehen muß, ist eine anfängliche. Von einer solchen ist jedoch in dem von Hahn erörterten Fall ebensowenig die Rede wie bei der oben im Text beschriebenen Sachlage.

[1]) Wegen der Verwendungen nachher vgl. § 450 und dazu eingehend Wangenheim S. 53 ff.

II. Hier interessiert nur noch das Verhältnis, in dem der Begriff der Verwendung zu dem des Zubehörs steht sowie zu dem der Einrichtung, und zwar im Hinblick auf die §§ 498 Abs. 1 und 500 Satz 2.

1. Es ist bereits oben in § 19 II gesagt worden, daß § 479 Abs. 3 des 1. Entw. die Anschaffung von Zubehörstücken den Verwendungen auf den Kaufgegenstand gleichstellte und dem Wiederkäufer eine Ersatzverbindlichkeit gemäß den damaligen §§ 936 Abs. 1 u. 3, 937, 938 aufbürdete. Die 2. Kommission hat bei der letzten Redaktion diese Vorschrift gestrichen, aber nicht, weil sie ihr Ergebnis nicht billigte, sondern weil sie solche Anschaffungen unmittelbar unter die Verwendungen rechnete.[2]) Darin findet die durchaus billige Anschauung, daß dem Wiederverkäufer ein Ersatzanspruch auch wegen des auf eigene Kosten angeschafften Zubehörs zustehe, eine wichtige Stütze; nur muß auch das Zubehör von noch andauernder, werterhöhender Wirkung bei Abschluß des Wiederkaufs sein.

Zugleich bietet die Anziehung der §§ 936 ff. des 1. Entw. durch den gefallenen § 479 Abs. 3 einen Anhalt dafür, daß die Auslegung des § 500 jetziger Fassung im Hinblick auf die §§ 994 ff. der Absicht des Gesetzgebers nicht widerspreche.[3])

2. Die Einrichtung ist eine Unterart der Verwendung.[4]) Man wird den Begriff auf Sachen beschränken müssen und ihn demnach mit Baring[5]) bestimmen können als eine Verwendung, „die zu einer irgend noch trennbaren Art von Sachverbindung geführt hat", vorausgesetzt, daß Verbindung nicht technisch im Sinne der §§ 946 ff. verstanden wird.

Zu weit geht offenbar Planck in Anm. 1 zu § 500; dort wird in Anlehnung an Windscheid-Kipp sämtliches Zubehör, das der Wiederverkäufer angeschafft hat, zu den Einrichtungen gezählt. Zwar ist schwerlich von der Hand zu weisen, daß hinsichtlich einzelner Zubehörstücke dies bisweilen zutreffen mag, aber eine völlige Gleichstellung beider Begriffe dürfte wohl verfehlt sein. Wie würde sich sonst § 498 Abs. 1, der doch zweifellos auch unangeschafftes Zubehör umfaßt, mit § 500 Satz 2 in Einklang bringen lassen? Ganz abgesehen davon, daß der Wiederkäufer ganz erheblichen Schaden erleiden kann, wenn er plötzlich eines großen Teils des Zubehörs beraubt wird.

---

[2]) Baring Bd. 14 S. 466.

[3]) Für diese Auslegung auch Baring Bd. 14 S. 467 f., Bd. 15 S. 134 ff.

[4]) Staudinger § 258 Anm. 2, § 514 des 1. Entw.: „Durch eine Verwendung entstandene Einrichtung".

[5]) Bd. 14 S. 471; ähnlich Staudinger § 258 Anm. 3.

§ 24.

Umfang der Ersatzverpflichtung.

Von einem Umfang der Ersatzverpflichtung läßt sich in einem doppelten Sinne reden:

1. unter dem Gesichtspunkt, welche Verwendungen zu erstatten sind;
2. mit Abstellung auf die Höhe des zu leistenden Ersatzes.

I. Was zunächst den letzteren Punkt anbetrifft, so ordnet § 500 an, daß Ersatz insoweit verlangt werden kann, als der Wert des Gegenstandes durch die Verwendungen erhöht ist. Darin liegt zweierlei:

a) Die Werterhöhung muß zur Zeit des Wiederkaufsabschlusses noch vorhanden sein.[1])

b) Sie muß auf die Verwendungen zurückgehen, durch sie bedingt sein. Andere Werterhöhungen[2]) bleiben bei der Erstattung außer Betracht; von ihnen hat der Wiederkäufer den Vorteil.

Dies ist wichtig für die Berechnung des zu erstattenden Betrags. Ihr ist der Zeitpunkt zugrunde zu legen, in dem der Wiederkauf zustande gekommen ist; der Unterschied im Werte des Gegenstands, den er zu dieser Zeit mit und ohne die Verwendung hat, ergibt den zu ersetzenden Betrag.

Wollte man mit Hahn[3]) S. 101 den Wert zur Zeit des Wiederkaufsabschlusses mit dem Wert zur Zeit der Vorbehaltsvereinbarung vergleichen, so müßte man, um nicht zu ganz unhaltbaren Resultaten zu gelangen, erst allen sonstigen etwaigen Wertzuwachs aus der Zwischenzeit vom gegenwärtigen Wert in Abzug bringen, was zum mindesten sehr umständlich wäre.[4])

Zinsen von dem zu ersetzenden Betrag hat der Wiederkäufer für die Zeit nicht zu beanspruchen, innerhalb deren ihm die Nutzungen des Gegenstandes unentgeltlich verbleiben (§ 256), regelmäßig also nicht bis zur Herausgabe des Gegenstandes.

Wegen der Befreiung des Wiederverkäufers von etwaigen Verbindlichkeiten durch den Wiederkäufer vgl. § 257.

Ist der Wiederkäufer zur Erstattung der Verwendungen gegen Herausgabe des Wiederkaufsgegenstandes nicht bereit, so muß er sich die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gefallen lassen (§ 320).[5])

---

[1]) vgl. Oertmann zu § 500.

[2]) z. B. Steigerung des Wertes eines Grundstücks durch Anlegung einer Straße.

[3]) Wie dort auch Planck § 500 Anm. 1.

[4]) Wie hier Oertmann § 500 Anm. 1 a γ; Staudinger § 500 Anm. 4.

[5]) So auch Oertmann § 500 Anm. 2; Staudinger § 500 Anm. 7.

Staudinger[6]) in Anm. 4 zu § 500 gewährt dem Wiederverkäufer wahlweise aus dem gleichen Grunde noch ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273. Dies dürfte jedoch nur für den in Frage kommen, der den Standpunkt, den auch Staudinger einnimmt, daß es sich nämlich um einen regelrechten Kauf handle, nicht teilt, sondern der wie Windscheid-Kipp z. B. in dem Vollzug des Wiederkaufs die Ausübung eines einseitigen Kannrechts erblickt.

II. Wenn § 500 Satz 1 nur die werterhöhenden Verwendungen ersetzt verlangt, so scheiden zunächst alle die aus, denen diese Eigenschaft zur Zeit des Wiederkaufsabschlusses nicht zukommt. Dabei bleibt außer Betracht, ob sie nach der gemeinrechtlichen Einteilung notwendige, nützliche oder Luxusverwendungen sind. Denn es lassen sich Fälle denken, in denen Verwendungen der beiden letzten Arten nicht werterhöhend wirken, sei es, daß bei aller zugestandener Nützlichkeit ihr Wert im Verhältnis zur Größe des Gegenstandes keine Bedeutung erlangen kann, sei es, daß sie in ihre bescheidene Umgebung nicht hineinpassen, unpraktisch sind und auf die Gesamtbewertung keinen Einfluß oder gar einen herunterdrückenden ausüben.

Ebenso aber ist es möglich, daß Verwendungen aller drei Kategorien die in § 500 geforderte Eigenschaft haben; dann würde bezüglich aller eine Ersatzverbindlichkeit des Wiederkäufers anzunehmen sein; ein Beweis der Unbrauchbarkeit jener gemeinrechtlichen Einteilung für die Auslegung des § 500 Satz 1.

Nur die sogen. notwendigen Verwendungen bedürfen noch einer kurzen Betrachtung. Sie werden von der herrschenden Lehre als prinzipiell dem Ersatzanspruch nicht unterliegend hingestellt.[7])

Notwendig sind die Verwendungen, die zur Bewahrung des Gegenstands vor dem Untergange und vor Verschlechterungen, kurz zur Erhaltung desselben erforderlich sind.[8])

Aus dieser ihrer Begriffsbestimmung ergibt sich ohne weiteres, daß der Wiederkäufer sie nicht zu ersetzen hat, soweit der Wiederverkäufer mit ihrer Vornahme nur seinen oben in §§ 15 f. dargelegten Pflichten nachgekommen ist. Denn hätte er sie unterlassen, dann würde er möglicherweise nach § 498 Abs. 2 schadensersatzpflichtig geworden sein.

Aber auch bei solchen Verwendungen ist zu sehen, ob sie etwa zugleich eine Werterhöhung darstellen. Trifft diese Eigen-

---

[6]) Ebenso Dernburg, Bürgerl. R. S. 123.

[7]) Wangenheim S. 47; Planck § 500 Anm. 1; Oertmann § 500 Anm. 1b; Staudinger § 500 Anm. 2a.

[8]) So auch wesentlich Hahn S. 99; Baring Bd. 15 S. 34 und die dort Angeführten, allerdings nur bezüglich der Verwendungen auf Sachen.

schaft bei ihnen zu,[9]) so hat der Wiederverkäufer auch sie zu ersetzen, und zwar in dem Umfange, als sie das zur Erhaltung des Gegenstands in unverändertem Zustand erforderliche Maß überschritten haben. Die Meinung ist eben die, daß der Wiederkäufer auf Kosten des Wiederverkäufers nicht bereichert werden soll.

Zusatz. Insoweit Einrichtungen oder die Anschaffung von Zubehör unter die werterhöhenden Verwendungen zu rechnen sind, gilt das unter I und II Gesagte auch für sie.[10])

Gegen die Vereitlung des Wiederkaufsrechts durch arglistige, schwer ersetzliche Verwendungen schützt den Wiederkäufer allgemein § 826, gegebenenfalls auch § 498 Abs. 2, dann nämlich, wenn die Verwendungen eine wesentliche Veränderung des Kaufgegenstands im Gefolge haben.[11]) Die schwarzseherischen Ausführungen Petrazyckis[12]) gegen die Bestimmung des § 500 Satz 1 verlieren dadurch sehr an praktischer Bedeutung.

§ 25.

Die Wegnahme einer Einrichtung.

Eine Einrichtung, mit der der Wiederverkäufer die Sache versehen hat, muß ihn der Wiederkäufer wegnehmen lassen. Was unter Einrichtung verstanden wird, darüber gibt bereits oben § 23 II, 2 Aufschluß.

Die Wegnahme erfolgt gemäß § 258. Danach hat der Wiederverkäufer die Sache, von der die Einrichtung entfernt wird, auf seine Kosten in den vorigen Stand zu setzen.[1])

Dies kann je nach den Umständen mit erheblichem Aufwand für ihn verknüpft sein; daher wird er bisweilen vorziehen, die Einrichtung dem Wiederkäufer zu belassen und dafür Ersatz zu verlangen, wozu er in bestimmten Fällen berechtigt ist (vgl. darüber oben § 24 den Zusatz nach II).

Natürlich schließt in solchen Fällen, wo ein Wegnahmerecht und ein Ersatzanspruch miteinander konkurrieren, die Wahl des einen durch den Wiederverkäufer immer das andere aus.

---

[9]) vgl. das Beispiel bei Oertmann § 500 Anm. 1b: Ein reparaturbedürftiges Haus wird durch gründliche Erneuerungen in einen weit besseren Zustand als je zuvor versetzt.

[10]) So auch, wenigstens bezüglich der Einrichtungen, Oertmann § 500 Anm. 1c.

[11]) Hahn S. 103; Planck § 500 Anm. 1.

[12]) Erörtert bei Hahn S. 100ff.; bei Wangenheim S. 47ff.; Petrazyckis Lehre vom Einkommen Bd. 1 S. 318ff.

[1]) Das Nähere s. bei Oertmann § 258.

Die Geltendmachung des Wegnahmerechts hat beim Widerstreben des Duldungspflichtigen im Wege der Klage zu erfolgen; doch kann es der Wiederverkäufer auch einredeweise gegenüber dem Herausgabeanspruch des klagenden Wiederkäufers vorbringen.

Eine Abwendung der Wegnahme durch den Wiederkäufer, der sich entsprechend dem § 997 Abs. 2 zum Ersatz des Wertes der Einrichtung erbietet, findet nach dem klaren Wortlaut des § 500 Satz 2 nicht statt, es sei denn, daß der Wiederverkäufer mit ihr einverstanden ist.

2. Verpflichtungen des Wiederkäufers bei vereinbartem Schätzungswerte.

§ 26.

Ist als Wiederkaufspreis der Schätzungswert des Gegenstandes zur Zeit des Wiederkaufsabschlusses vereinbart, so bildet die Bezahlung dieses Betrags die Hauptverpflichtung des Wiederkäufers.

Bezüglich der Abnahme des Kaufgegenstandes bleibt alles beim alten (vgl. oben § 19).

Nicht ist der Wiederkäufer zum Ersatz von Verwendungen verpflichtet, da diese bei der Abschätzung genügend berücksichtigt werden können, wohl aber zur Duldung der Wegnahme von Einrichtungen[1]) (§ 501).

Das letztere muß schon deshalb bejaht werden, weil Einrichtungen nicht immer werterhöhend zu sein brauchen und daher auch nicht unter allen Umständen den Schätzungswert beeinflussen werden. In diesen Fällen wäre nicht einzusehen, warum die Einrichtung bei der Sache verbleiben soll, wo der Wiederkäufer mit ihrem Erwerb nicht nennenswert profitiert, der Wiederverkäufer dagegen vielleicht an ihrem Besitz ein Affektionsinteresse hat.

§ 27.

Landesrecht.

Die Regelung des Wiederkaufs im Bürgerlichen Gesetzbuch ist eine erschöpfende, insoweit sie das persönliche, vertragsmäßige Institut betrifft, mit dem die vorstehenden Paragraphen sich samt und sonders beschäftigt haben.

---

[1]) Dertmann § 501 Anm. 2b gegen Goldmann-Lilienthal.

Doch steht nichts entgegen, daß innerhalb der den Landesgesetzen vorbehaltenen Materien wiederkaufsrechtliche Gebilde aufrecht bestehen bleiben oder neu entstehen, die von der Regelung der §§ 497 ff. mehr oder weniger abweichen.

Dies gilt beispielsweise für die Schaffung oder Beibehaltung eines gesetzlichen[1]) oder aber auch eines dinglichen Wiederkaufsrechtes.

Ein Beispiel für die letztere Art bildet das Wiederkaufsrecht bei Rentengütern nach Art. 29 preuß. AG. z. BGB., von dem schon mehrfach die Rede gewesen ist. Seine gesetzliche Zulässigkeit beruht auf Art. 62 EG. z. BGB.; seine Ausgestaltung lehnt sich durchaus der des dinglichen Vorkaufsrechts in den §§ 1094 ff. an.[2])

Auch in den sächsischen Grundbüchern werden hier und da noch dingliche Wiederkaufsrechte anzutreffen sein, da dem sächs. Bürgerlichen Gesetzbuch ein solches Rechtsinstitut bekannt war. § 1133 dieses Gesetzes band die Ausübbarkeit des Rechtes an eine Frist von zehn Jahren, gerechnet von der Übergabe des Grundstücks an, falls nicht zulässigerweise eine andere Frist vereinbart war. Demzufolge wird es über kurz oder lang aus dem sächsischen Grundbuche verschwinden.

Über seine Behandlung im Falle der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des belasteten Grundstücks bestanden zahlreiche Zweifel, zu denen es beim rein persönlichen Wiederkaufsrecht selbstverständlich keine verwandte Erscheinung geben kann.[3])

Anhang.

I. Wiederkauf und Vormerkung.

§ 28.

Der gegenwärtige Paragraph beschäftigt sich ausschließlich mit Wiederkäufen ganz bestimmter Art; mit solchen, deren Gegenstand ein Grundstück oder ein grundstückgleiches Recht ist.[1])

Diese Verträge bieten schon deshalb ein besonderes Interesse, weil sie, wie im früheren Recht ganz zweifellos,[2]) so auch wohl

---

[1]) vgl. über das früher in Preußen geltende Wiederkaufsrecht im Berg- und Eisenbahnrecht Hahn S. 41 ff.

[2]) über das Nähere vgl. Wangenheim S. 80 ff.

[3]) vgl. dazu Kloß S. 353 ff.

[1]) vgl. die ausgiebige Aufzählung von reichs- und landesgesetzlichen Beispielen bei Staudinger Bd. 3 § 1012 Vorbem. III, IV.

[2]) s. darüber Hahn S. 18 und die dort Zitierten.

heute noch den praktisch häufigsten und wichtigsten Anwendungsfall unseres Institutes bilden. Daß sie den Anlaß zu einer dinglichen Ausgestaltung des Wiederkaufsrechtes gegeben haben, ist bereits in der Einleitung erwähnt worden, und zwar bei der Streifung des preußischen Rentengüterrechts.

Jetzt interessiert eine andere Frage, mit der sich die Literatur der letzten Jahre oft beschäftigt hat: die Frage nach der Verträglichkeit von Wiederkauf und Vormerkung.

Wie schon die unbestimmte Formulierung der Frage andeuten soll, verbergen sich in ihr mehrere Fälle, die zum Zwecke einer richtigen Beantwortung scharf auseinandergehalten werden müssen.[3])

1. Hat der Berechtigte die Erklärung, daß er sein Wiederkaufsrecht ausübe, wirksam abgegeben, so unterliegt es keinem Zweifel, daß sein Anspruch aus dem nunmehr perfekten Wiederkaufsvertrage auf Rückauflassung des Kaufgrundstücks nach § 883 BGB. vorgemerkt werden kann; vorausgesetzt ist dabei nur, daß der Wiederverkäufer noch als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, damit er imstande ist, die nach § 885 Abs. 1 Satz 1 erforderliche Bewilligung abzugeben.

2. Ist hingegen der Wiederkauf mangels Erklärung des Berechtigten noch nicht zustande gekommen, so nimmt die Frage nach der Vormerkungsfähigkeit eine doppelte Gestalt an, je nach dem Gegenstand, hinsichtlich dessen man sie aufwirft. Man kann

a) das Wiederkaufsrecht selbst,

b) den aus dem bedingten Wiederkaufe vielleicht einmal entstehenden Übereignungsanspruch

als der Vormerkung fähig oder unfähig bezeichnen.

a) Was das Wiederkaufsrecht selbst anbetrifft, so ergibt der Mangel gesetzlicher Bestimmungen, entsprechend etwa den §§ 1094 ff., bei dem streng geschlossenen Kreis der dinglichen Rechte im Bürgerlichen Gesetzbuch, daß ihm die dingliche Natur versagt ist.

Nun ist die Vormerkung nur zur Sicherung der endgültigen Eintragung bestimmt, wie Turnau-Förster[4]) mit Recht ausführt; vorgemerkt können demnach nur Ansprüche werden, die eintragungsfähige Rechte zum Gegenstande haben. Also kann der Eigentümer, da ihm die Bewilligung der endgültigen Eintragung versagt ist, auch die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung

---

[3]) Wenig klar in dieser Beziehung ist der Beschluß des Landgerichts Ulm v. 13. 2. 1907 (s. Württemb. Z. 1907 S. 168 f.), in dem mehrfach von der Eintragung und Vormerkung des Wiederkaufsrechts gesprochen wird, wobei ganz sicher etwas anderes gemeint ist. Dieselbe Ungenauigkeit findet sich im ZblFG. 1904 S. 102.

[4]) Bd. 1 S. 514, zit. bei Willenbücher S. 133 Anm. 6.

des Wiederkaufsrechtes nicht bewilligen. Hierüber herrscht im allgemeinen kein Streit mehr.[5])

Daß die Vormerkbarkeit des Wiederkaufsrechtes als eines Anspruchs nicht in Frage kommen kann, ergibt oben § 7, wo dargetan wird, daß es kein Anspruch ist.

b) Anders steht es mit der Vormerkbarkeit des Rückauflassungsanspruchs aus dem bedingten Wiederkaufe. Er ist ein bedingter Anspruch im Sinne des § 883 Abs. 1 Satz 2 und somit der Sicherung durch die Vormerkung fähig.[6])

Dies ist auch die Meinung der herrschenden Lehre.[7])

Die gegenteilige Ansicht vertreten z. B. Güthe (a. a. O.), Turnau-Förster (Vorbem. zu § 1094 Anm. 6) und hauptsächlich Kretzschmar,[8]) auf dem die anderen fußen, so daß ihre besondere Kritik sich erübrigt.

Wegen der Wichtigkeit der Frage sollen die Kretzschmarschen Gedankengänge, wie sie sich am klarsten in seinem Kommentar zum Sachenrecht aufgerollt finden, einer näheren Betrachtung unterzogen werden. Sie sind ohne Unterschied für das Wiederkaufsrecht und das persönliche Vorkaufsrecht ausgesprochen. Ob eine solche Gleichstellung überhaupt angängig ist, wird später zu beleuchten sein.

Kretzschmar argumentiert zunächst folgendermaßen:

Durch die Einräumung des Wiederkaufsrechtes werde „trotz der Gegenseitigkeit des geschlossenen Vertrags" zunächst nur eine einseitige Verpflichtung und eine einseitige Berechtigung erzeugt. Die letztere bestehe in der Begründung eines unbedingten Rechts für den, der sich den Wiederkauf vorbehält. Solange dieses Recht nicht ausgeübt werde, existiere kein Anspruch irgendwelcher Art, auch kein bedingter oder betagter; folglich könne bis zu diesem Zeitpunkt auch keiner vorgemerkt werden.[9])

---

[5]) Über das Für und Wider in der Literatur vgl. Reichel S. 95; ferner die Mot. Bd. 2 S. 341; Staudinger § 497 Vorbem. I, 1 b.

[6]) Unrichtig ist es, wenn Hahn deshalb S. 86 sagt: „Die Wirkung (des vorgemerkten Anspruchs) ist also eine der Wirkung dinglicher Rechte gleichstehende". Es handelt sich nur um einen Schutz persönlicher Ansprüche mit dinglichen Mitteln. Dies hindert den Anspruch nicht, zu verjähren oder aus einem andern Grunde unwirksam zu werden oder von vornherein zu sein. Gegen derlei schützt die Vormerkung nicht (vgl. dazu die Reichelsche Abhandlung).

[7]) Reichhaltige Literaturangabe bei Güthe Bd. 1 S. 512 Nr. 7.

[8]) Im Sächs. Arch. Bd. 11 S. 193 ff.; im Grundbuchrecht Bd. 2 S. 369 ff.; im Sachenrecht § 883 Anm. III.

[9]) Es mag gleich hier die Unverwertbarkeit der von Kretzschmar zur Unterstützung seiner Ausführungen zit. Entscheidung (sächs. OLG. Bd. 26 S. 45) festgestellt werden. Sie behandelt den Fall der Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines Vorkaufsrechtes mit vorher bestimmtem Preis und lehnt die be-

Indem Kretzschmar das Vorhandensein auch nur bedingter Ansprüche leugnet und von einer lediglich einseitigen Berechtigung und Gebundenheit spricht, stellt er sich offenbar auf den Standpunkt der unhaltbaren[10]) Offertentheorie. Daran ändert der Umstand nichts, daß er die Gegenseitigkeit des abgeschlossenen Vertrags zugibt; denn eine bloß einseitige Berechtigung und Verpflichtung bei einem primär gegenseitigen Vertrage (Wiederkauf) läßt sich gar nicht vorstellen. In dieselbe künstliche Erklärung könnte man den Tatbestand des § 495 Abs. 1 Satz 1 zwängen; dort wird aber gleich im nächsten Satze unzweideutig ausgesprochen, daß das in Frage stehende Geschäft im Zweifel ein aufschiebend bedingter Kaufvertrag ist.

Gleichwohl ist auch beim Kauf auf Probe die Herbeiführung der Bedingung rein in das Belieben des Berechtigten gestellt; damit fällt auch das weitere, auf die vermeintliche Unzulässigkeit solcher Bedingungen gestützte Argument Kretzschmars:

> „Eine Bedingung im Rechtssinne liegt nur dann vor, wenn durch die Parteiverabredung dem Tatbestand eines Rechtsgeschäfts eine Beschränkung hinzugefügt wird, durch welche die mit dem Rechtsgeschäft verbundene Folge von dem Eintritt eines äußeren, nicht schon in dem Wesen des Rechtsgeschäfts begründeten ungewissen Ereignisses abhängig gemacht wird".

Die weiteren Schlußfolgerungen, die Kretzschmar aus den Vorberatungen über das Vorkaufs-, Wiederkaufs- und Kaufsrecht zieht, wonach dem einen oder andern Kommissionsmitglied die Aufnahme von Bestimmungen geraten erschien, die eine Einschränkung der Institute durch die Landesgesetzgebungen ermöglichten, halten nicht stand gegenüber dem, was Gesetz geworden ist; dem Gesetz aber liegt eine solche Abneigung gegen die in Frage stehenden Rechte vollkommen fern. Es ist nicht zu übersehen, daß die bei den Vorberatungen geltend gemachten Bedenken vielfach auf der Ausdenkung von extremen Fällen beruhen, was zur Beleuchtung der Frage im allgemeinen ganz dienlich sein mag; doch ist in ihrer Bewertung bei Beurteilung des fertigen, auf die Regelfälle zugeschnittenen Instituts große Vorsicht geboten. Ein vortreffliches Beispiel hierzu bilden die übertriebenen Ausführungen Petrazyckis[11]) gegen die Bestimmungen des § 500 (zit. bei Hahn S. 100ff., wo sich auch ihre Kritik findet).

---

antragte Verlautbarung im Grundbuch ab, weil ein solches Recht nach dem BGB. nicht mehr begründet werden könne. Daraus ist für unsere Frage gar nichts zu entnehmen.

[10]) vgl. oben § 4 III.

[11]) vgl. oben § 24 Anm. 12.

Ein letzter Punkt, in dem die Ausführungen Kretzschmars ganz besonders angreifbar sind, ist bereits eingangs gestreift worden: es ist die völlige Gleichstellung des Wiederkaufsrechtes mit dem persönlichen Vorkaufsrecht in der Frage nach der Vormerkbarkeit.

Ein Blick auf die praktischen Voraussetzungen beider Rechtsgeschäfte wird mehr als die Hervorhebung der zahlreichen rechtlichen Divergenzen die Verschiedenheit ihres Wesens lehren.

Der Vorkäufer will sich den Erwerb eines Grundstücks sichern, das für ihn aus irgendeinem Grunde Interesse hat. Zum sofortigen Verkauf kann er den Eigentümer nicht zwingen, wird dies oft auch gar nicht wünschen (z. B. als Mieter oder Pächter des Grundstücks). Es liegt ihm aber daran, für den Fall eines Verkaufs sich die Anwartschaft auf den Erwerb des ihm zusagenden Grundstücks zu sichern: Er tut dies durch die Vereinbarung eines Vorkaufsrechtes mit dem Eigentümer.

Anders der Wiederkäufer. Sein Streben geht dahin, das Grundstück, das er jetzt verkaufen will, vielleicht wegen schlechter Geldverhältnisse verkaufen muß, einmal zurückerwerben zu können. Deshalb eben behält er sich das Wiederkaufsrecht vor.

Während sonach der Vorkäufer dereinst fremdes Eigentum erwirbt und außerdem abhängig ist von der Entschließung des Eigentümers, zu verkaufen, zieht der Wiederkäufer, wenn er den Wiederkauf zustande bringt, früheres Eigen wieder an sich, ohne dabei vom Belieben des Wiederverkäufers abzuhängen.[12]) Seine größere tatsächliche Nähe zu dem Kaufsobjekt erhellt daraus wohl ohne weiteres. Mit Recht führt daher Dernburg (S. 124) aus:

> „Der Wiederkaufsberechtigte wird aus § 383 sogar größere Vorteile ziehen als der Vorkaufsberechtigte. Denn wahrscheinlich wird der Richter die einstweilige Verfügung, auf Grund deren eine Vormerkung eingetragen werden kann, einem Wiederkaufsberechtigten, bei dem es sich tatsächlich darum handelt, daß ihm das Seine erhalten wird, geneigter erteilen als einem Vorkaufsberechtigten".

Man wird aus alledem den Schluß ziehen können, daß bei der Frage, ob es beim Wiederkauf vor Ausübung des Wiederkaufsrechtes vormerkbare Ansprüche gibt, die Gestaltung der Dinge beim persönlichen Vorkaufsrecht nicht zur Lösung, sondern höchstens zur Vergleichung nach gefundener Lösung herangezogen werden darf.

---

[12]) Auf dieser verschiedenen Beziehung der Berechtigten zum Objekt ihrer Rechte beruht es auch, daß ein für den Verkaufsfall bestelltes Wiederkaufsrecht mit bestimmtem Kaufpreis nicht als ein unzulässiges Vorkaufsrecht anzusehen ist, wie das Amtsgericht Ulm gelegentlich getan hat (vgl. Württemb. Z. 1907 S. 170 Anm. 1).

Eben, weil dem Wiederkäufer ein Schutz, wie ihn das dingliche Vorkaufsrecht[13]) bietet, vom Gesetze versagt ist, muß die Vormerkbarkeit seines Rückauflassungsanspruchs auch, solange er noch bedingt ist, als eine Forderung der Billigkeit erscheinen.

Die Praxis hat neuerdings in dieser „ebenso wichtigen wie zweifelhaften Frage" einen festen Standpunkt gewonnen.[14]) Er entspricht durchaus der hier vertretenen Auffassung.

Zusatz. Der Vollständigkeit halber sollen noch die Ansichten zweier Schriftsteller über die vorliegende Frage Erwähnung finden, die sich teils mit dem eben Ausgeführten decken, teils davon abweichen.

Reichel (in Iherings Jahrb. 1904 S. 93 ff.) bejaht in erster Linie das Bestehen eines bedingten Auflassungsanspruchs vor Ausübung des Wiederkaufsrechtes. Er stützt aber außerdem für die Gegner der Lehre vom bedingten Anspruch bei Wiederkäufen die Vormerkbarkeit desselben darauf, daß er ein künftiger sei.

Gegen die letztere Auffassung wendet sich Bendix (in JurW. 1904 S. 601 ff.), der ihre Subsidiarität nach dem Willen Reichels ganz zu übersehen scheint. Auch Bendix leugnet[15]) das Vorhandensein eines bedingten Anspruchs irrtümlich aus dem Grunde, weil die Herbeiführung der Bedingung in die Willkür des Berechtigten gestellt ist. Nach ihm entsteht der Anspruch auf Rückübereignung sofort mit der Vereinbarung des Vorbehalts; nur die Ausübung des Anspruchs, die vom Belieben des Berechtigten abhängig gemacht ist, soll noch ausstehen. Daher glaubt Bendix, weder von einem zukünftigen noch betagten, sondern vielmehr von einem gegenwärtigen Anspruch auf eine zukünftige Leistung sprechen zu müssen. Es gibt aber überhaupt keinen Anspruch, der nicht auf eine zukünftige Leistung gerichtet wäre. Das liegt in dem Wesen des Rechts, von einem andern ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Soweit die Leistung erfolgt, geht sie durch die unendlich flüchtige Gegenwart sofort in die Vergangenheit über, und was getan ist, kann nicht mehr beansprucht werden. Das Resultat ist, daß die Bendixsche Erklärung von dem Anspruch nichts sagt, als daß er ein Anspruch sei.

---

[13]) Betreffs der Behauptung Kretzschmars (a. a. O.), das dingliche Vorkaufsrecht habe ganz den gleichen Inhalt wie eine zugunsten des persönlichen Vorkaufsberechtigten eingetragene Vormerkung, sei nur auf die §§ 1097 Halbsatz 2, 1094 Abs. 2 sowie auf Bendix (S. 601 f.) verwiesen. Auch die Beweiskraft, die Kretzschmar den Worten in § 1098 Abs. 2 „des durch die Ausübung des Rechts entstehenden Anspruchs" beilegt, ist keine durchschlagende; denn auch der bedingte Anspruch entsteht nach § 158 erst existente condicione, ex nunc.

[14]) Lenel in DJZ. 1909 S. 624; RG. Bd. 69 Nr. 63.

[15]) Wie Kretzschmar.

Zusatz. Über die Wirkung der Vormerkung eines fehlerfreien Anspruchs vgl. eingehend Reichel a. a. O.

Hier mag nur darauf noch hingewiesen werden, daß dem Vorgemerkten nach jetzt wohl herrschender Ansicht der öffentliche Glaube des Grundbuchs zugute kommt, nicht zwar auf Grund des § 892, wohl aber gemäß § 893.[16])

Wird ferner das im Wiederkaufsvorbehalt befangene Grundstück zwangsweise versteigert, so bewirkt nach § 48 ZVG. die Vormerkung, daß der Wiederkaufsberechtigte nach Ausübung seines Rechts die Herausgabe des Grundstücks von dem Ersteher erzwingen kann.

Nach diesem Gesichtspunkte ist wohl die im ZblFG. 1904 S. 102 unter II aufgeworfene Frage zu entscheiden, wie es zu halten sei, wenn einer von zwei Miteigentümern seinen Anteil am Grundstück unter Wiederkaufsvorbehalt und Eintragung einer Vormerkung an einen Dritten verkauft hat und die nunmehrigen Miteigentümer das Grundstück erbteilungshalber an eine fremde Person versteigern. Antwort: Der aus der Vormerkung Berechtigte kann das Grundstück[17]) vom Ersteher an sich ziehen (§ 753 BGB., §§ 180 ff. mit § 48 ZVG.). Nun hat er aber geschwiegen, als die versteigernden Miteigentümer vor der Versteigerung ihm anzeigten, sie hätten das Grundstück verkauft, er solle sein Wiederkaufsrecht ausüben; und auf dieses sein Schweigen hin ist der Käufer vom Kauf zurückgetreten und hat das Grundstück nun erst in der Versteigerung erstanden. Kann auch jetzt noch der Wiederkaufsberechtigte den Wiederkauf zustande bringen? Darauf ist zu erwidern: In dem Schweigen kann ein Verzicht auf das Wiederkaufsrecht liegen; dies läßt sich nur bei genauer Kenntnis aller Einzelheiten des Falls feststellen. Ist ein Verzicht nicht anzunehmen, dann steht nichts im Wege, daß der Berechtigte auch jetzt noch den Wiederkauf zustande bringt und auf Grund einer Vormerkung das Eigentum anteilsmäßig an sich zieht.

§ 29.

Der Ulmer Wiederkauf.

Sehr häufig verwendet die Stadtgemeinde Ulm den Wiederkaufsvorbehalt. Von dem deshalb so genannten Ulmer Wiederkauf soll ein kurzes Wort angefügt werden.

---

[16]) vgl. dazu den Aufsatz Kretzschmars im Sächs. Arch. Bd. 14 S. 593 ff. und die dort Angeführten.

[17]) Und zwar entsprechend seiner früheren Berechtigung zur ideellen Hälfte.

Es sind bodenreformerische Zwecke gewesen, die die Stadtgemeinde Ulm zur Zuflucht zu unserem Rechtsinstitute bewogen haben. Offenbar hat sich dasselbe dazu auch brauchbar erwiesen; denn, wie Ermann (in DJZ. 1910 S. 562 ff.) mitteilt, ist es auf Ulmer Empfehlung hin von zahlreichen norddeutschen Gemeindeverwaltungen zwecks Lösung der gleichen brennenden Fragen in Erwägung gezogen worden.

Durch den Vorbehalt des Wiederkaufs setzt sich die Stadt Ulm in die Lage, ihren Baubodenbesitz gleichzeitig der privaten Benutzung zu überlassen und ihn doch für sich festzuhalten, was im Hinblick auf etwaigen Wertzuwachs oder eine Benötigung des Bodens zu öffentlichen Bauten und sonstigen Anlagen von großer Bedeutung ist.

Der Ulmer Magistrat hat dem Verfasser ein bei solchen Verträgen verwendetes Formular gütigst zur Verfügung gestellt. Nach diesem ergibt sich als wesentlicher Inhalt des Kaufgeschäfts folgendes:

Die Stadtgemeinde verkauft dem Vertragsgegner (regelmäßig sind es „kleine Leute") ein Grundstück und verpflichtet sich, auf ihm für Rechnung des Käufers ein Arbeiterwohnhaus zu errichten. Den Anspruch auf Bau- und Kaufgeld sichert sie sich durch Eintragung einer ersten Hypothek auf dem Grundstück. In § 11 des Vertrags folgt sodann der Vorbehalt des Wiederkaufsrechtes sowie eine genaue Aufzählung der Fälle, in denen die Stadt ihr Recht auszuüben befugt sein soll. Beispiele sind:

1. die Absicht des Eigentümers, das Grundstück weiterzuveräußern;
2. die Aufnahme von Hypotheken auf das Grundstück ohne Zustimmung des Gemeinderats;
3. vorsätzliche oder grobfahrlässige Beschädigung des Grundstücks;
4. Ausbruch des Konkurses über das Vermögen des Eigentümers oder Antrag auf Zwangsvollstreckung in das Grundstück ... usf.

Die genaue Aufzählung der einzelnen Fälle und der Wortlaut des Vertrages scheinen anzudeuten, daß eine Ausübung des Wiederkaufsrechtes aus anderen Gründen als den angeführten ausgeschlossen sein soll.

Die Zeit, innerhalb welcher die Ausübung wirksam erfolgen kann, wird für das Grundstück samt Wohnhaus auf 100, für die Vorgartenfläche vor der Front des Hauses auf 200 Jahre festgesetzt, jedesmal vom Tage des Kaufabschlusses an gerechnet.

Als Wiederkaufspreis wird der Betrag vereinbart, den eine Schätzungskommission nach näherer Maßgabe der Vertragsbestimmungen zu ermitteln hat: also ein Fall des § 501.

Bei der praktischen Durchführung solcher Verträge haben sich mancherlei Schwierigkeiten ergeben. Besonders die Befristung des Wiederkaufsrechtes auf, ein ja zwei Jahrhunderte hinaus legte den Gedanken nahe, daß sich nach Ablauf eines längeren Zeitraums die Wiederkaufsverpflichteten nur schwer würden ermitteln lassen, falls einmal ein Eigentumswechsel aus einem anderen Grunde als von Todes wegen stattgefunden habe. Fehlt es aber am richtigen Adressaten der Wiederkaufserklärung, dann fällt das Wiederkaufsrecht praktisch in sich selbst zusammen.

Um dem Eintritt dieses tatsächlichen Rechtsverlustes vorzubeugen, ließ sich die Stadt Ulm anfänglich von jedem neuen Erwerber des Grundstücks ein Quasiwiederkaufsrecht einräumen. Dies war inhaltlich dem alten Rechte gleich und sollte an dessen Stelle treten, wofür die Stadt auf das letztere verzichtete.

Auf den ersten Blick erhellt, daß dem zweiten Vertrage als Wiederkaufsvorbehalt jedenfalls keine Rechtswirksamkeit zukommen konnte. Denn die Stadt war bei seinem Abschluß ja gar nicht mehr als Verkäuferin tätig; es fehlte mithin an einem essentiale negotii gemäß § 497 Abs. 1.

Die Frage war nun die, ob der Vertrag den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, nämlich der Vereinbarung eines Kaufrechts, entsprach und als solche sich nach § 140 aufrechterhalten ließ.

Die Kaufrechtsverabredung bedarf aber, wenn sie sich auf ein Grundstück bezieht, auf jeden Fall der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung nach § 313; dabei ist es gleichgültig, ob man sie nach Vorgang des Wiederkaufsvorbehalts als einen aufschiebend bedingten Kaufvertrag ansieht, bedingt durch Erklärung des Berechtigten, er wolle kaufen, oder ob man in ihr eine Offerte erblickt, an die der Verpflichtete eine vereinbarte Spanne Zeit lang gebunden ist.[1]) Denn ist einmal die Beurkundung des Vertrags vorgeschrieben, so gilt diese Bestimmung auch für den Antrag, mag er sofort oder geraume Zeit später angenommen werden (§ 128). Da der Formvorschrift im obigen Fall nicht genügt war, so mußte das Ulmer Landgericht in der Entscheidung darüber[2]) die Gültigkeit des Vorbehalts schlechthin verneinen. Seitdem läßt sich die Stadt Ulm, um immer einen greifbaren Verpflichteten zu

[1]) So Käßbohrer in Württemb. Z. S. 173. Dagegen sprechen die gleichen Gründe wie oben § 4 III.

[2]) Württemb. Z. S. 173 f.

haben, von jedem weiteren Erwerber des Grundstücks ein Kaufsrecht einräumen, dem sie die bisherige Wiederkaufsverabredung inhaltlich zugrunde legt.

Die Konstruktion der Rechtsnatur einer solchen Kaufrechtsvereinbarung wird im Zweifel dieselbe sein müssen wie die des Wiederkaufsvorbehalts. Denn mit dem Wiederkaufsrecht hat das Kaufrecht bedeutend mehr Züge gemeinsam als mit dem Vorkaufsrecht, so die Vererblichkeit und die Unabhängigkeit des Berechtigten bei der Ausübung des Rechts vom Belieben des Verpflichteten.

Aus der Auffassung der Vereinbarung als eines aufschiebend bedingten Kaufs folgt wie beim Wiederkauf die Vormerkbarkeit des Übereignungsanspruchs des Berechtigten auch schon vor Ausübung des Rechts.

Auf Bedenken stößt in dieser Hinsicht der Anhänger der Offertentheorie; er muß mit Planck (3. Aufl. Bd. 3 S. 114) den Anspruch einen künftigen nennen und von da aus zur Anwendung des § 883 zu gelangen suchen, ein Weg, der in der Literatur nicht allgemein gebilligt wird.[3])

Die Stadt Ulm hätte natürlich auch an Stelle des soeben beschriebenen Umwegs die Schuldübernahme des Neuerwerbers aus dem Wiederkaufsvorbehalt herbeiführen können, wie ihr das Amtsgericht Ulm geraten hatte.

Ermann streift in dem angezogenen Aufsatze noch eine andere Frage: die der Beleihbarkeit von Wiederkaufsgrundstücken im Falle der Beschwerung des Eigentums mit einer Vormerkung zugunsten des Wiederkaufsberechtigten. Er weist darauf hin, daß eine nach der Vormerkung stehende Hypothek glatt ausfällt, wenn der vorgemerkte Auflassungsanspruch mit Erfolg geltend gemacht wird (§§ 883 Abs. 2, 888 Abs. 1), und daß niemand, der dies weiß, sich in eine so ungünstige Stellung begeben wird.

Er schlägt einen doppelten Weg vor, um zur Deckung des Hypothekars zu gelangen: a) Der Hypothek wird der Vorrang vor der Vormerkung eingeräumt (§ 880). Dazu bedarf es freilich der Einwilligung des Vormerkungsberechtigten. Daran wird die Gangbarkeit dieses Wegs oft scheitern.

Bedenklich scheint hingegen der zweite Weg zu sein. Danach soll b) die Eintragung der Hypothek ohne Vereinbarung des Rangwechsels erfolgen und in der ausdrücklichen „oder stillschweigenden" Zustimmung des Vormerkungsberechtigten dessen Verzicht auf sein Recht erblickt werden, die Hypothek mittels der Vormerkung zu Falle zu bringen.

---

[3]) vgl. die Literaturangabe in Württemb. Z. S. 173.

Bei der ausdrücklichen Zustimmung mag man unter Umständen bisweilen zu einer derartigen Auslegung gelangen; aber wenn der Vormerkungsberechtigte einmal so weit entgegenkommt, wird er auch für einen Rangwechsel zu haben sein.

Aus seinem Schweigen aber einen Verzicht auf sein Recht zu folgern, dürfte nur ganz selten möglich sein. Verzichte sind streng auszulegen, und liegt es nicht nahe, daß gerade der Berechtigte, der die volle Wirksamkeit seiner Vormerkung kennt, ruhig der Eintragung von Hypotheken hinter ihm zusieht? Ihm „nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" zumuten, daß er sich äußere, hieße den Grundgedanken der §§ 157, 242 weit über Gebühr ausdehnen und die Regel qui tacet non consentit in ihr Gegenteil verkehren.

Über den Vergleich, den Ermann schließlich noch zwischen dem Wiederkauf und dem Erbbaurecht hinsichtlich der Beleihbarkeit der betroffenen Grundstücke anstellt, vgl. a. a. O. Sp. 86.

II. Wiederkauf und Konkurs.

§ 30.

Vorbemerkung.

In § 7 oben ist in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre ausgeführt worden, daß das Wiederkaufsrecht übertragbar und pfändbar, kurz ein Gegenstand im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist. Es gehört somit zu dem Vermögen des Berechtigten, das, wenn dieser in Konkurs verfällt, einen Bestandteil der Konkursmasse bildet (§ 1 KO.).[1] Es soll zunächst dieser Fall genauer betrachtet und sodann die Rechtslage im Falle des Konkurses eines Wiederkaufsverpflichteten erörtert werden.

§ 31.

Konkurs des Berechtigten.

I. Nach §§ 6 Abs. 1, 7 KO. verliert der Gemeinschuldner mit der Eröffnung des Verfahrens die Befugnis, über das Wiederkaufsrecht mit Wirkung gegenüber den Konkursgläubigern zu verfügen. Er kann es also nicht mehr veräußern und auch nicht ausüben. Denn mag man in der Ausübung eine Verfügung im technischen

[1]) vgl. dazu Jaeger § 1 Anm. 35. Zu demselben Resultat, jedoch mit umständlicher Konstruktion, gelangt Seuffert in L. Z. 1907 Sp. 24.

Sinn erblicken oder nicht: jedenfalls darf nach dem ganzen Zweck des § 6 KO. dem Gemeinschuldner eine Entscheidung von solcher Tragweite für die Masse, wie sie die Ausübung des Wiederkaufsrechtes besitzen kann, nicht belassen werden. Ausübungsberechtigt ist allein der Konkursverwalter nach § 6 Abs. 2 KO.

Auf diesem Standpunkt stehen auch Jaeger § 1 Anm. 35 und Seuffert a. a. O., letzterer allerdings wieder mit der umständlichen Begründung, daß aus dem bedingten Wiederkaufe bedingte Ansprüche für den Gemeinschuldner entstanden sind, und daß solche Ansprüche unter die Masse fallen.

Die Abwicklung der Ansprüche, die infolge der Ausübung des Wiederkaufsrechtes durch den Konkursverwalter in Wirkung treten, regelt § 59 Ziff. 1 KO. Nach diesem Paragraphen sind die Ansprüche, die aus Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters entstehen, Massenschulden. Unter solchen Geschäften und Handlungen sind aber alle Rechtshandlungen zu verstehen, die der Verwalter innerhalb seines Machtbereichs vornimmt,[1]) somit auch die Erklärung, durch die er das zur Masse gehörige Recht ausübt. Mit der Erklärung des Konkursverwalters fällt der bis dahin bedingte Anspruch auf Herausgabe des Gegenstandes und schließlich nach Durchführung des Anspruchs jener selbst in die Masse. Dies scheint in Widerspruch mit § 1 KO. zu stehen. Denn klar ist, daß der Anspruch auf Herausgabe bei der ex nunc-Wirkung der aufschiebenden Bedingung zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht zum Vermögen des Kridars gehörte. Es liegt hier ein Fall vor, daß Vermögensrechte, die erst während des Konkurses erworben werden, dennoch in die Masse fallen, und dies erklärt sich daraus, daß schon zu Konkursbeginn eine Anwartschaft auf den Erwerb dieser Rechte zum Vermögen des Gemeinschuldners bestand. Die Anwartschaft gehört aber selbst nach herrschender Meinung[3]) zur Masse; folglich müssen auch die ihr entwachsenden Vermögensrechte dasselbe Schicksal teilen. Wer dies verneinen wollte, dürfte auch dem Konkursverwalter nicht die Befugnis zusprechen, das Wiederkaufsrecht auszuüben; davon kann nach dem oben Ausgeführten keine Rede sein.

II. Fällt einer von mehreren Wiederkaufsberechtigten in Konkurs, so ergibt die Anwendung der vorstehend entwickelten Sätze mit § 502, daß der Konkursverwalter an Stelle des Kridars in den Kreis der Berechtigten eintritt. Kommt der Wiederkauf durch Erklärung der Berechtigten zustande (vgl. oben § 12), so fällt der Anspruch auf Rückerwerb des Gegenstandes und letzterer selbst

---

[1]) Jaeger § 59 Anm. 1.
[3]) Jaeger § 1 Anm. 54.

anteilig in die Masse; es besteht an ihm eine Bruchteilsgemeinschaft der Berechtigten gemäß § 741 BGB., also anders als am Wiederkaufsrechte selbst. Es fragt sich, ob die §§ 16, 51 KO. Anwendung finden. Erforderlich ist nur, daß im Augenblick der Konkurseröffnung ungeteiltes Gemeinschaftsgut vorhanden gewesen ist;[4]) dies trifft nun zwar nicht hinsichtlich des Wiederkaufsgegenstandes selbst zu, wohl aber in bezug auf die Anwartschaft auf den Rückerwerb und das Wiederkaufsrecht selbst; eine Bruchteilsgemeinschaft zwar war an dem letzteren nicht möglich, aber die §§ 16, 51 KO. sprechen auch gar nicht von ihr allein, sondern von Rechtsgemeinschaft schlechthin.

Sie gelangen somit auf unsern Fall zur Anwendung; die Gemeinschaft am Wiederkaufsrecht setzt sich bezüglich aller aus ihm entstehenden Ansprüche und sonstigen Rechte fort.

Wie steht es aber, wenn der Konkursverwalter von der Ausübung des Rechts aus irgendeinem Grunde absieht? (Z. B. wenn das Wiederkaufsgrundstück durch Umstände, die der Wiederverkäufer nicht zu vertreten hat, unter den Betrag des vereinbarten Preises verschlechtert ist?)

Die Antwort darauf geben § 6 Abs. 1 KO., § 502 BGB. Nach der erstgenannten Vorschrift bleibt der Gemeinschuldner auch nach Konkurseröffnung Subjekt des zur Masse gehörigen Vermögens. Nur die Befugnis der Verwaltung und Verfügung darüber verliert er an den Konkursverwalter. Erklärt dieser, er mache von der Befugnis, den Wiederkauf zustande zu bringen, keinen Gebrauch und sehe auch von einer sonstigen Verwertung des Rechtes ab, so gibt er dadurch das Recht an den Kridar frei. Es kommt nun ganz, wie wenn das Konkursverfahren überhaupt nicht schwebte, darauf an, in welchem Sinne sich dieser entscheidet.

Dies kann von besonderer Wichtigkeit werden, wenn zufolge später eintretender Ereignisse[5]) der Wert des Wiederkaufsgegenstandes an Wert gewinnt, oder wenn die Freigabe in Verkennung der tatsächlichen Verhältnisse erfolgt ist, vorausgesetzt, daß ein bestimmter Wiederkaufspreis vereinbart ist, und daß der Verzicht des Konkursverwalters auf Ausübung des Rechtes nicht durch Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 beseitigt wird.

---

[4]) Jaeger § 16 Anm. 1.
[5]) Beispiel: In der Nähe eines Gasthofs wird ein Bahnhof errichtet.

§ 32.

Konkurs des Verpflichteten.

I. Bestritten ist die Frage, an wen die Wiederkaufserklärung zu richten sei, falls der Wiederkaufsverpflichtete nach Vereinbarung des Vorbehalts, aber vor Ausübung des Rechtes ihm gegenüber in Konkurs gerät.

Jaeger meint in Anm. 19 zu § 17 KO., der Berechtigte sei in diesem Falle auf eine persönliche, im Konkurs nicht verfolgbare Forderung gegen den Gemeinschuldner angewiesen. Er begründet diese Ansicht hauptsächlich durch einen Verweis auf § 3 Abs. 1 KO., zieht aber ferner auch noch den § 499 Satz 2 an.

Aus der Zitierung des § 3 Abs. 1 KO. folgt zunächst, daß der Anspruch gegen den Gemeinschuldner auf Rückerwerb des Wiederkaufsgegenstandes nach der Meinung Jaegers zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht begründet ist. Da nun derselbe Verfasser in Anm. 54 zu § 1 seines Kommentars aufschiebend bedingte Ansprüche unter die Konkursmasse fallen läßt, wenn sie nur zur Zeit der Konkurseröffnung als solche vorhanden waren, so verneint er mit der Anziehung von § 3 Abs. 1 KO. die Existenz des Herausgabeanspruchs aus dem Wiederkaufsvorbehalt vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts auch nur als eines aufschiebend bedingten und stellt sich damit offenbar auf den Standpunkt der widerlegten Offertentheorie (oben § 4 III). Geht man hingegen von der Ansicht aus, die dieser Arbeit zugrunde liegt, daß nämlich jener Anspruch bis zur Ausübung des Wiederkaufsrechtes aufschiebend bedingt ist, so folgt daraus seine passive Zugehörigkeit zur Konkursmasse, und dies muß wiederum dazu führen, den Konkursverwalter für den allein richtigen Adressaten der Wiederkaufserklärung anzusprechen.

Ob dieser über den Wiederkaufsgegenstand bereits verfügt hat oder dies nach der Ausübung des Rechts erst tut, kommt für die Verpflichtungen aus dem perfekten Wiederkaufsvertrage nicht in Betracht; sie regeln sich nach § 499 Satz 2 mit Satz 1. Für eine Entscheidung der Frage jedoch, an wen die Wiederkaufserklärung zu richten sei, gibt § 499 keinen Anhalt.

Unbillig wäre es nun, von dem Wiederkaufsberechtigten zu verlangen, daß er aus dem zustande gekommenen Wiederkauf voll leiste, während er sich mit einer prozentualen Abfindung müßte abspeisen lassen, etwa mit der Begründung, er brauche ja sein Recht nicht auszuüben, wenn er sich vor diesen Folgen scheue.

Vielmehr ist zu erwägen, ob nicht der § 17 KO. Anwendung auf diese Rechtslage findet, der ja eigens zur Beseitigung solcher Härten[1]) für den Fall geschaffen worden ist, daß ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Konkurseröffnung von dem Gemeinschuldner und von dem andern Teile nicht oder nicht vollständig erfüllt ist. Die Anwendbarkeit wird wohl unbedenklich zu bejahen sein, trotz der Worte in § 17 Abs. 1 KO.: „zur Zeit der Konkurseröffnung". Aus ihnen könnte eine strenge Auslegung folgern, daß der zweiseitige Vertrag schon in dem maßgebenden Zeitpunkt unbedingt bestanden haben muß.[2]) Dies Erfordernis trifft freilich nicht zu für einen Wiederkaufsvertrag, der während des Konkurses erst durch Erklärung des Berechtigten gegenüber dem Konkursverwalter zustande kommt.

Fragt man sich aber, welche zweiseitigen Verträge dem Sinne nach durch den § 17 getroffen werden sollen, so lautet die Antwort: solche zweiseitige Verträge, deren Ansprüche aktiv und passiv zur Konkursmasse gehören. Diese beiderseitige Zugehörigkeit trifft aber bei dem im Laufe des Konkurses zustande gekommenen Wiederkaufsvertrag zu. Dies folgt für den Anspruch des Kridars auf Abnahme und auf Zahlung des Kaufpreises aus den Erörterungen am Eingang dieses Paragraphen, wonach die Zugehörigkeit aufschiebend bedingter Ansprüche des Gemeinschuldners zur Konkursmasse feststeht; für den Anspruch des Wiederkäufers dagegen auf Herausgabe ergibt sich das gleiche aus § 67 KO., der zum Ausdruck bringt, daß für den Begriff der Konkursforderung ein aufschiebend bedingtes Schuldverhältnis genügt.[3])

Der Konkursverwalter hat demnach, wenn ihm die Wiederkaufserklärung zugeht, zwei Wege offen: Entweder er erfüllt den Vertrag voll an Stelle des Gemeinschuldners und verlangt das gleiche vom Vertragsgegner, oder er lehnt Erfüllung ab und wird in den Grenzen des § 26 Satz 2 KO. wegen Nichterfüllung ersatzpflichtig.[4]) Das heißt mit anderen Worten: Der Wiederkäufer kann die Erfüllung nicht erzwingen. Dieser Satz verwandelt sich in sein Gegenteil, wenn der bedingte Herausgabeanspruch zulässigerweise durch eine Vormerkung gesichert ist (oben § 28). Dann steht dem Wiederkäufer ein auf jeden Fall durchsetzbarer Anspruch auf Auflassung zu,[5]) der sich nach deren freiwilligem oder erzwungenem[6]) Vollzug in ein Aussonderungsrecht verwandelt.

---

[1]) Jaeger zu § 17, Einleitung.
[2]) Jaeger § 17 Anm. 19.
[3]) vgl. dazu Jaeger §§ 3 Anm. 10, 67 Anm. 1.
[4]) So im Resultat auch von Seuffert, jedoch ohne Begründung, in L. Z. Bd. 1 S. 20 ff.
[5]) § 24 KO. geht dem § 17 vor. Vgl. Jaeger § 24 Anm. 20 f.
[6]) Nach §§ 894, 896, 898 ZPO.

II. Bricht der Konkurs über das Vermögen eines von mehreren Wiederkaufsverpflichteten aus, so sind die in § 13 oben gewonnenen Sätze entsprechend anzuwenden. Danach hat der Berechtigte die Wahl, ob er den Gemeinschuldner allein oder zusammen mit anderen Verpflichteten oder nur einen der letzteren zum Wiederverkäufer machen will. Jedenfalls muß, soweit der Gemeinschuldner mit in Betracht kommt, die Erklärung an den Konkursverwalter erfolgen; dieser kann dann wieder die verschiedenen Wege des § 17 einschlagen, je nachdem es das Interesse der Masse erheischt.

Es kann auch vorkommen, daß sämtliche Verpflichtete sich in Konkurs befinden, so, wenn die Verpflichtung aus dem Wiederkaufsvorbehalt zu einem Nachlasse gehört, über den das Konkursverfahren eröffnet wird. In derartigen Fällen ist naturgemäß die Ausübung des Wiederkaufsrechtes eine ungeteilte und als solche allein dem Konkursverwalter gegenüber zulässig. Es gelten sodann dieselben Regeln, wie wenn nur ein Verpflichteter in Betracht käme.

Zusatz. Ist der Wiederkauf bereits vor Konkurseröffnung zustande gekommen, so ist die Rechtslage ganz die gleiche wie bei jedem andern zweiseitigen Vertrage, der vom Konkurs erfaßt wird, d. h. § 17 KO. findet Anwendung oder nicht, je nachdem beiderseitige Nicht- bezw. Nichtvollständigerfüllung vorliegt oder nicht. Zu besonderer Erörterung bietet dieser Fall keinen Anlaß.[7])

[7]) vgl. dazu RG. v. 7. 5. 1889, zit. bei Jaeger in § 17 Anm. 19.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.